

Otto Karl Singer

Die Bedeutung des Abzahlungsgesetzes
vom 16. Mai 1894

für die Regelung von Abzahlungsgeschäften
in allgemeinen Geschäftsbedingungen

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555427_0010

Die Bedeutung des Abzahlungsgesetzes
vom 16. Mai 1894
für die Regelung von Abzahlungsgeschäften
in allgemeinen Geschäftsbedingungen

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt
von
Otto Karl Singer
aus Essen
1968



Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Dr. Lukes
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Reinicke
Dekan:	Prof. Dr. Nörr
Tag der mündlichen Prüfung:	24. Mai 1968

Inhaltsübersicht

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	6
Verzeichnis der Abkürzungen	19
 A. Vorbemerkungen und Problemstellung	 21
B. Die Grundlagen der Untersuchung	23
I. Das Abzahlungsgeschäft	23
1) Begriff	23
2) Geschichtliche Entwicklung	30
3) Wirtschaftliche Bedeutung	32
II. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen	34
1) Ursachen der Entstehung	34
2) Begriff und Abgrenzung	38
3) Geschichtliche Entwicklung	42
4) Verbreitung	43
III. Die Wertungsmaßstäbe	43
1) Möglichkeit der Bewertung	43
2) Inhaltsbewertung und Inhaltsgrenzen	46
3) Zusammenfassung	52
C. Die Besonderheiten bei der Berücksichtigung von Abzahlungsgeschäften in allgemeinen Ge- schäftsbedingungen	 53
I. Verbreitung der Klauseln	53
II. Problematik der Untersuchungen	54
D. Die konkrete Bewertung	56
I. Klauseln zu § 1 AbzG	56
1) Zweck und Sinn der gesetzlichen Regelung	 56
2) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale	57
3) Die entsprechenden Klauseln in all- gemeinen Geschäftsbedingungen	 58

	Seite
4) Zusammenfassung	59
II. Klauseln zu § 2 AbzG	59
1) Inhalt und Zweck	59
a) Sinn der Vorschrift	59
b) Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen	62
c) Die einzelnen Merkmale	63
d) Zeitlicher Geltungsbereich	67
2) Die einzelnen Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen	68
a) Ersatz der Aufwendungen	68
b) Ersatz für Beschädigungen	89
c) Die Überlassungsvergütung	97
III. Klauseln zu § 3 AbzG	107
1) Sinn und Zweck der Vorschrift	107
2) Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen	108
a) Verweisungen auf den Gesetzestext	108
b) Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts	108
c) Sonstige Klauseln	113
d) Zusammenfassung	114
IV. Klauseln zu § 4 AbzG	114
1. Teil: Klauseln zu § 4 Abs. 1 AbzG	114
1) Die gesetzliche Regelung	114
2) Die Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen	115
2. Teil: Klauseln zu § 4 Abs. 2 AbzG	115
1) Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 AbzG ...	115
2) Die gesetzlichen Mindestergebnisse	118
3) Die Klauseln im einzelnen	119
a) Verweis auf die gesetzliche Regelung	119
b) Scheinbare Gesetzeswiederholungen	120

	Seite
c) Verzug mit einer Rate	122
d) Sonstige Umstände	124
e) Zusammenfassung	135
V. Klauseln zu § 5 AbzG	136
1) Die gesetzliche Regelung	136
a) Zielsetzung	136
b) Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen	137
c) Die einzelnen Voraussetzungen	137
2) Die Regelungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen	140
a) Verweisungen auf den Gesetzes- wortlaut	140
b) Wiederansichnahme	141
c) Geltendmachung des Herausgabe- anspruchs	145
d) Geltendmachung des Eigentums- vorbehalts	147
e) Pfändung des Liefergegenstandes	149
f) Umschreibungen	155
g) Sonstige Klauseln	155
h) Zusammenfassung	157
E. Ergebnis	157
I. Zusammenfassung und Wertung der Einzelergebnisse	157
II. Kritik und Ausblick	160

- Beuck Wechsel im Teilzahlungsgeschäft, Fragen der Finanzierung und Sicherung von Teilzahlungsgeschäften, Lübeck 1953
- v. Bieberstein, Wolfg. Frhr. Marschall Das Abzahlungsgeschäft u. seine Finanzierung, München u. Berlin 1959
Bespr. des Kommentars zum AbzG von Cr.-Ostler, JZ 1959, 647 f.
- Bobrowski Liefervertrag und Lieferbedingungen, Karlsruhe 1956
- Brandner Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von AGB, AcP 162. Bd., 1963, 237-264
- Brandt Die AGB u. das sog. dispositive Recht, DRWiss. 5. Bd., 1940, 76 ff.
- v. Brunn Die formularmässigen Vertragsbedingungen der dt. Wirtschaft, Der Beitrag der Rechtspraxis zur Rationalisierung, 2. Aufl., Köln-Berlin 1956
- Bruns Zwangsvollstreckungsrecht, Eine systematische Darstellung, Berlin u. Frankfurt a. M. 1963
- Clauß, Karl Zur Auslegung unklarer AGB, NJW 1954, 905 ff.
Zur Systematik der AGB, MDR 1959, 165 ff.
- Crisolli Zur Zwangsvollstreckung in Abzahlungssachen, JW 1934, 1817 ff.
Das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894, Mit Einleitung, Anmerkungen u. Sachregister, 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1931
- Crisolli-Ostler Abzahlungsgesetz, Kommentar, 5. Aufl. des Kommentars von Crisolli, Berlin 1958
- Danielcik Anmerkung zu dem Urteil des RG vom 9.10.1936 in JW 1937, 308
- Delbrück Anmerkung zu LM § 5 AbzG Nr. 4

Dilcher	Typenfreiheit u. inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, 1040 ff.
Droste	Das Recht der AGB, Betr. 1957, Beilage 10
Düringer-Hachenburg-Hoeniger	Das Handelsgesetzbuch von 1897, V. Bd./1. Hälfte, Einleitung: Der Kauf nach dem BGB und §§ 373-382, 3. Aufl., erläutert von Breit u. Hoeniger, Mannheim/Berlin/Leipzig 1932
Ehrenberg	Versicherungsrecht, 1. Bd., Leipzig 1893
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des BGB, Ein Lehrbuch, Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl., Tübingen 1959 Zweiter Halbband: Entstehung, Untergang u. Veränderung der Rechte, Ansprüche u. Einreden, Ausübung u. Sicherung der Rechte, 15. Aufl., Tübingen 1960
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Aufl., Tübingen 1958
Eilles	Das Recht der AGB u. die Gerichte, DGWR 1941, 121 Gedanken zur Auslegung u. Anwendung subjektiven Privatrechts, ZZP Bd. 62, 1941, S. 1 ff.
Erman	Handkommentar zum BGB in 2 Bänden, 3. Aufl., Münster 1962
Esser	Schuldrecht, Allgemeiner u. Besonderer Teil, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
Etzler	Der Geltungsgrund allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss. Göttingen 1961
Ewald	Das geltende Abzahlungsgesetz u. seine Reform, Eine richterliche Untersuchung, Heft 6 der Schriftenreihe des Arbeits-

- kreises für Absatzfragen, Köln-Berlin 1956 (Zitiert: Ewald AbzG)
- Neues Teilzahlungsrecht, Eine rechtsvergleichende Studie, Heft 7 der Schriftenreihe des Arbeitskreises für Absatzfragen, Köln-Berlin 1959 (Zitiert: Ewald, Neues Tz.)
- Die Zwangsvollstreckung in die auf Abzahlung gekaufte Sache auf Grund eines Zahlungstitels de lege ferenda, AcP 1960, Bd. 159, 76 ff.
- Fikentscher Sind die Allg. Dt. Spediteurbed. abdingbar? BB 1961, 297 ff.
- Fischer Die allgemeinen Geschäfts- u. Lieferungsbed., BB 57, 481 ff.
- Flume Der verlängerte u. erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 841 ff.
- Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 16.4.1952, JZ 1952, 420 f.
- Rechtsgeschäft u. Privatautonomie in Hundert Jahre Dt. Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Dt. Juristentages, Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 135 ff. (Zitiert: Flume)
- Gallois Die wachsende Bedeutung der Verkehrssitte u. ihre Einwirkung auf nachgiebiges Recht, NJW 1954, 293 ff.
- v. Gierke, Julius Handelsrecht u. Schiffahrtsrecht, 8. Aufl., Berlin 1958
- Goldschmidt Universalgeschichte des Handelsrechts, Erste Lieferung, Stuttgart 1891
- Graul Allgemeine Geschäftsbedingungen u. Handelsbräuche, Diss. Halle-Wittenberg 1932
- Großmann-Doerth Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft u. staatl. Recht Freiburg 1933

Grund	Die Zwangsvollstreckung in die Abzahlungssache, NJW 1957, 1216 ff.
Guthke	Das Wirksamwerden Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Diss. Münster 1959
Hamann	Über die Verbindlichkeit der ADSP., MDR 1949, 209 ff.
Hase	Die AGB der Metall- u. Maschinenindustrie, Leipzig 1938
Haupt	Die AGB der dt. Banken, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Leipziger Juristenfakultät, Heft 105, Leipzig 1937 (Zitiert Haupt) Vertragsfreiheit u. Gesetz, ZAKDR 1943, 84 ff.
Haus	Vereinbarungen von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessentengruppen, Bonn 1936
Hausmann	Das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894 nebst der Begründung, Berlin 1894
Hein, Arno	Ist die Arglistenrede in dem Verfahren nach §§ 766 u. 765a ZPO in der Mobilarzwangsvollstreckung in die eigene Abzahlungssache zulässig? ZZP 69, 231 ff. (Zitiert: Hein ZZP)
Hein, Otto	AbzG u. Kredithäuser, Berlin 1910 (Zitiert: Hein)
Hellauer	Kaufverträge, Werk-, Konsignations- u. Leihverträge in Warenhandel u. Industrie, Eine Sammlung von Verträgen u. Geschäftsbedingungen aus der Praxis, Berlin, Wien 1927
Herschel	Anmerkung zu dem Urteil des RG vom 24.3.1941, DR 1941, 1727 f.

- Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 1942, 753 ff.
- Hildebrandt, Heinz Das Recht der AGB, AcP 143, 326 ff.
- Hildebrandt, Wolfg. Zulässigkeit u. Wirkung von AGB, JR 1955, 325 ff.
- v. Hippel, Fritz Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Beiträge zu einem natürlichen System des privaten Verkehrsrechts u. zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jhdts., Tübingen 1936
- Hodum Die rechtliche Bedeutung der Geschäftsbedingungen, Diss. Halle-Wittenberg 1931
- Hörle Abzahlungsgeschäfte, Beiträge zur Erläuterung des Dt. Rechts, Begründet von Gruchot, 55. Jahrgang, Berlin 1911, S. 177-222
- Hueck, Alfred Normenverträge, Jh.J. Bd. 73, 1923, S. 33 ff.
- Isele Grundprobleme der AGB, JuS 1961, 310 ff.
- Janka Rücktritt vom Abzahlungsgeschäft, BB 1950, 10 f.
- Johannes Anmerkung zu dem Urteil des OLG Stuttgart vom 19.12.1962, NJW 1963, 1206
- Kaminsky Stichwort: Teilzahlungskredit S. 1502/1503, in Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- u. Börsenwesen, zugl. 2. Aufl. vom Handwörterbuch des Bankwesens, Bd. II, I-Z, Frankfurt a. M. 1957
- Klauß Abzahlungsgeschäfte, Kommentar, Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894, Stuttgart u. Köln 1950 (Zitiert: Klauß)

- Klage u. Vollstreckung bei Abzahlungs-
geschäften, NJW 1950, 765 ff.
- Finanzierungsverträge u. AbzG,
NJW 1953, 6-9
- Anmerkung zu dem Urteil des OLG
Stuttgart vom 6.11.1952, NJW
1953, 1066 f.
- Aktuelle Probleme des Abzah-
lungsrechts, JZ 1955, 70 ff.
- Koch, Waldemar Die Entwicklung der dt. Teil-
zahlungswirtschaft seit 1945 u.
ihre Problematik, Berlin 1956
(Zitiert: Koch, W.)
- Kohlendorfer Die rechtliche Bedeutung des
Abzahlungsfinanzierungsgeschäf-
tes unter besonderer Berück-
sichtigung der dabei vorkommen-
den Klauseln, Diss. Erlangen
1933
- Krause AGB und das Prinzip des sozialen
Rechtsstaats, BB 1955, 265 ff.
- Kurtze Bespr. des Kommentars von Cr.-
Ostler, JR 1960, 38 f.
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, 1.
Bd., Allg. Teil, 5. Aufl.,
München u. Berlin 1962
- Lazarus Das Recht des Abzahlungsgeschäf-
tes nach geltendem Recht u. nach
dem BGB, Berlin 1898
- Lechner Gesetz betr. die Abzahlungsge-
schäfte, München 1932
- Lehmann, Heinr. Allgemeiner Teil des BGB, 12.
Aufl., Berlin 1960
- Lent Anmerkung zu dem Beschluß des
AG Bergheim vom 1.9.1952, JR.
1953, 145 f.
- Lent-Jauernig Zwangsvollstreckungs- und Kon-
kursrecht, Ein Studienbuch, 9.
Auflage, München und Berlin 1963
- Lubbe Einige Zweifelsfragen bei Klagen

- aus Abzahlungsgeschäften, JW 1938, 1990 ff.
- Lukes Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959
- Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen, Festschrift für A. Hueck zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1959, S. 459 ff. (Zitiert: Lukes Festschrift)
- Grundprobleme der AGB, JuS 1961, 301 ff.
- § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963, 1897 ff.
- Lücke Die Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die auf Abzahlung verkaufte Sache, JZ 1959, 114-119
- v. Lüpke Anmerkung zu dem Urteil des LG Lübeck vom 1.2.1957, BB 1957, 840
- Manes Versicherungswesen, 2. Auflage, Leipzig-Berlin 1913
- Manigk Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939
- Meeske Die "Unterwerfung" unter AGB, BB 1959, 857 ff.
- Menge Die Kundenkreditgewährung des Einzelhandels im Jahre 1961, TZW 1962, 196 ff.
- Der Kundenkredit des Einzelhandels im Jahre 1962, TZW 1964, 50 ff.
- Michel Die AGB als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, Tübingen 1932
- Möllers Teilzahlungsfinanzierung, Rechtsformen und Rechtsfragen, München und Berlin 1957
- Mroch Zum Kampf gegen die unlauteren

- Geschäftsbedingungen, Bd. 12
Freiburger Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Abhandlungen,
Karlsruhe 1960
- Müllereisert Allg. Lieferungsbed. der Indu-
strie, des Handwerks und der
Öffentlichen Hand, Eine Samm-
lung, Berlin 1932
- Freie allg. Geschäfts- und
Lieferungsbedingungen als sub-
jektives Fallrecht - für ver-
bindlich erklärte oder "ange-
ordnete" ALB und AGB als objek-
tives Recht, DGBR 1942, 111 ff.
- Naegeli Allgem. Geschäftsbedingungen,
Diss. Zürich 1951
- Naendrup Die Teilnichtigkeit im Recht
der Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen
- Untersuchungen zu Grundproble-
men des Rechts der Allgemeinen
Geschäftsbedingungen, Diss.
Münster 1965
- Nastelski Zulässigkeit und Wirkung von
AGB, DRIZ 1955, 212 ff.
- Nörr, Rudolf Die Rechtsnatur der AGB, Diss.
München 1954
- Ochs Die Berechnung der Wertminde-
rung bei der Zwangsvollstrek-
kung in die Abzahlungssache,
NJW 1960, 1984 ff.
- Ohr Steht das Kahlpfändungsverbot
des § 811 ZPO dem Gläubiger
auch dann entgegen, wenn er
wegen seiner Kaufpreisforde-
rung in die verkaufte Sache
vollstreckt? NJW 1954, 787 f.
- Pagenstecher Sittenwidrige Lieferungsbedin-
gungen, 2. Auflage, Marburg a.
d. Lahn
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kom-
mentar, 22. Aufl., München und
Berlin 1963

- Paul, Ludwig Die Folgen des Rücktritts bei Abzahlungsgeschäften nach dem Reichsgesetz vom 16.5.1894, Diss. Tübingen 1930
- Pauli, G. Die Zwangsvollstreckung des Abzahlungsverkäufers in die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte Sache, Diss. München 1955
- Petermann Abzahlungsgeschäfte in der Zwangsvollstreckung, DRpfleger 1958, 169 ff.
- Plum Anmerkung zu dem Urteil des RG vom 13.1.1933, JW 1933, 909 ff.
- Püschel Die Rechte des Abzahlungsverkäufers beim Zahlungsverzuge des Abzahlungskäufers, DR 1939, 1044 ff.
- Raiser, Ludwig Das Recht der AGB, Bad Homburg vor der Höhe 1961-Neudruck des Werkes aus dem Jahre 1935-
(Zitiert: Raiser)
Anmerkung zu einem Urteil des LG Düsseldorf vom 2.8.1955, NJW 1956, 304 f.
Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 ff.
- Rautmann Rechtliche Natur u. Durchführung der Teilzahlungsfinanzierung, Diss. Erlangen 1929
- Reichsgerichtsräte Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten u. Bundesrichtern
I. Bd., 1. Teil, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 11. Aufl., Berlin 1959
I. Bd., 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-432, 11. Aufl., Berlin 1960
II. Bd., 1. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 433-704, 11. Aufl., Berlin 1959
Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts,

- Dritter Bd., §§ 343-372, bearbeitet von v. Godin u. Ratz, 2. Aufl., Berlin 1963
- Vierter Bd., §§ 373-382, bearbeitet von Würdinger u. Brügge-mann, 2. Aufl., Berlin 1961
- Reinicke, Dietrich Wechsel u. Abzahlungsgeschäft, Betr. 1959, 1103 ff.
- Rosenberg Lehrbuch des Deutschen Zivil-prozeßrechts, 9. Aufl., München u. Berlin 1961
- Rühl Eigentumsvorbehalt u. Abzah-lungsgesch. einschl. des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung, Berlin 1930
- Samter Kommentar z. Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5.1894, 2. Aufl., Berlin u. München 1927
- Sandrock Subjektive u. objektive Gestal-tungskräfte bei der Teilnich-tigkeit von Rechtsgeschäften, Ein Beitrag zur Auslegung von § 139 BGB, AcP 159, 481 ff.
- Schlegelberger HGB, Erläutert von Geßler-Hefer-mehl-Hildebrandt-Schröder, 3. Bd., 3. Aufl., Berlin u. Frank-furt 1956
- Schmid-Lossberg Wettbewerbsfreiheit u. Allg. Dt. Spediteurbed. (Westzonen), BB 1952, 103 ff.
- Schmidt-Rimpler Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 ff.
- Schneider Beschränkung von Gewährlei-stungsrechten in Allg. Liefe-rungsbed., NJW 1954, 133 ff.
- Schönke-Baur Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Ein Lehr-buch, 7. Aufl., Karlsruhe 1963
- Schubert Deutsches Kaufrecht, Berlin 1937

Verzeichnis der Abkürzungen

Vorbemerkung:

Allgemein bekannte Abkürzungen werden nicht gesondert aufgeführt. - Regelmäßig sind die verschiedenen Schriften nur mit dem Namen des Verfassers oder mit dem im Schrifttumsverzeichnis in Klammern angegebenen Stichwort zitiert. - Die Zahl hinter der Zahl von Band oder Jahrgang einer Zeitschrift ist die Seitenzahl, soweit nichts anderes vermerkt ist.

AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsge- schäfte vom 16. Mai 1894
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
BB	Der Betriebsberater, Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- u. Sozial- recht
Betr.	Der Betrieb, Wochenschrift für Be- triebswirtschaft, Steuerrecht, Wirt- schaftsrecht, Arbeitsrecht
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht- Rechtspflege u. Rechtspolitik
Diss.	Dissertation
DR	Deutsches Recht
DRIZ	Deutsche Richterzeitung
DRpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
DRWiss.	Deutsche Rechtswissenschaft, Viertel- jahresschrift der Akademie für Deut- sches Recht
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
Gruch.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Begründet von Gruchot
Hans. GZ	Hanseatische Rechts- u. Gerichtszeit- schrift
Jh.J.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung
KG	Kammergericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs

Recht	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand
RWPBl	Blattei-Handbuch, Rechts- und Wirtschaftspraxis, Herausgegeben im Forckel-Verlag, Stuttgart
Seuff.A.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
TZW	Die Teilzahlungswirtschaft, Unabhängiges Fachblatt für Teilzahlungsfragen
WPM	Wertpapier-Mitteilungen, Wertpapier- u. Bankfragen, Rechtsprechung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Begründet von H. Busch

A. Vorbemerkungen und Problemstellung

Allgemeine Geschäftsbedingungen¹⁾ sind heute ein fester Bestandteil des Wirtschaftslebens. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird die Problematik der AGB in ständig steigendem Maße erörtert²⁾. Auch die Rechtsprechung, besonders der BGH, hat vielfach zu AGB Stellung genommen. Dennoch ist ihre rechtliche Erfassung bisher noch nicht restlos gelungen³⁾. Das mag im wesentlichen darauf zurückzuführen sein, daß die Rechtsordnung - insbesondere das BGB - die AGB nicht besonders berücksichtigt. Sie müssen also unter den Begriff der Willenserklärung eingeordnet werden, wobei sich erhebliche Schwierigkeiten ergeben.

Diese nicht völlig geklärte Problematik erschwert auch konkrete Einzeluntersuchungen von AGB. Derartige Einzeluntersuchungen werden im allgemeinen auf zwei verschiedenen Wegen durchgeführt, die man vielleicht als vertikale und horizontale Untersuchung bezeichnen kann. Bei der vertikalen Untersuchung werden die gesamten AGB einer Branche oder auch eines Einzelunternehmens oder Verbandes erörtert, während bei der horizontalen Methode einzelne Klauseln aus den AGB der verschiedenen Unternehmen und Branchen nach bestimmten Gesichtspunkten für die Untersuchung ausgewählt werden.

Bei vertikalen und in noch stärkerem Maße bei horizontalen Untersuchungen ist die rein praktische Frage von Bedeutung, entsprechendes Untersuchungsmaterial, also die AGB einer Branche bzw. der verschiedenen Branchen in einer solch großen

1) Fortan AGB genannt

2) Vgl. Schrifttumsverzeichnis

3) Erman-Hefermehl vor § 145 Anm. III 1 am Ende

Zahl zu erhalten, daß ein repräsentativer Querschnitt gebildet werden kann, der gültige Aussagen zuläßt. Veröffentlichte Sammlungen von AGB, wie z.B. die Sammlung von Hellauer aus dem Jahre 1927 und die von Müllereisert aus dem Jahre 1932, gibt es für den gegenwärtigen Zeitraum nicht. Meist werden nur beispielhaft einige wenige AGB zur Veranschaulichung abgedruckt¹⁾. Für die vorliegende Arbeit - eine horizontale Untersuchung - stand eine umfangreiche Sammlung von AGB zur Verfügung²⁾, welche zumindest für einen großen Teil der Branchen gültige Aussagen zuläßt.

Die vorliegende Untersuchung erstreckt sich auf alle Klauseln in AGB, die die Vorschriften des AbzG erwähnen, wiederholen, abändern oder ausschließen. Zugleich werden durch das AbzG aber auch in zweifacher Weise die Grenzen der Ausdehnung der Untersuchungen abgesteckt: Nur die Klauseln, die in unmittelbarer Beziehung zum AbzG stehen, werden berücksichtigt, und ihre Beurteilung erfolgt nur nach den Maßstäben des AbzG. Es hat daher im Rahmen dieser Arbeit auch eine Darstellung des Abzahlungsrechts zu erfolgen. Jedoch ist diese Darstellung auf das für das Verständnis der Zusammenhänge Notwendige und das für die Bewertung der fraglichen Klauseln Wesentliche beschränkt. Einzelfragen des Abzahlungsrechts, die in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung sind, werden außerachtgelassen.

1) Vgl. Bobrowski S. 206 ff.

2) Lukes, nicht veröffentlichte Sammlung von AGB

B. Die Grundlagen der Untersuchung

I. Das Abzahlungsgeschäft

1) Begriff

Im allgemeinen Sprachgebrauch, im Wirtschaftsleben und selbst in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird der Ausdruck "Abzahlungsgeschäft" in verschiedener Bedeutung gebraucht.

a) Einmal versteht man unter Abzahlungsgeschäft das Unternehmen, welches grundsätzlich oder ausschließlich auf Abzahlung verkauft¹⁾. Insoweit interessiert der Begriff in diesem Zusammenhang jedoch nicht, da diese spezialisierte Art von Betrieben kaum noch existiert. Der Verkauf auf Abzahlung ist heute eine allgemeine Erscheinung.

Zum anderen wird der Begriff "Abzahlungsgeschäft" für das einzelne Geschäft im Sinne von Vertrag verwandt²⁾. Unter einem derartigen Abzahlungs- oder auch Ratenzahlungsgeschäft wird allgemein der Kauf von Waren verstanden, wobei der Käufer ohne sofortige Bezahlung des vollständigen Kaufpreises in den Besitz der Ware gelangt und den Restkaufpreis in einzelnen Teilzahlungen berichtigt. Durch den Ausdruck "Abzahlungsgeschäft" wird also in erster Linie eine wirtschaftliche Situation umrissen, nämlich die Verbindung von Gütertauschgeschäft und Kreditgeschäft³⁾. Diese generelle Definition des Abzahlungsgeschäfts wird in zunehmendem Maße als Teilzahlungsgeschäft bezeichnet⁴⁾.

1) Cr.-Ostler, Einl. Anm. 1; Koch, W., S. 9; Rühl S. 216

2) Cr.-Ostler, Einl. Anm. 1; Rühl S. 216

3) Cr.-Ostler, Einl. Anm. 1

4) Vgl. auch Koch, W., S. 10

b) Aus dem Bereich der Teilzahlungsgeschäfte ist jedoch nur eine Gruppe, nämlich die der Abzahlungsgeschäfte im Sinne des AbzG, für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung; denn nur wenn ein solches Abzahlungsgeschäft vorliegt, greifen die Vorschriften des AbzG ein, so daß eine Beurteilung von AGB-Klauseln nach dem AbzG möglich ist.

Allerdings ist auch bei dem Abzahlungsgeschäft im Sinne des AbzG noch zu differenzieren zwischen dem typischen Abzahlungsgeschäft des § 1 AbzG - dem sog. Abzahlungskauf - und dem Abzahlungsgeschäft im Sinne des § 6 AbzG - dem sog. Umgehungsgeschäft oder verhüllten Abzahlungsgeschäft -.

aa) In § 1 I 1 AbzG wird der Begriff des Abzahlungskaufs folgendermaßen definiert: "... Verkauf einer dem Käufer übergebenen Sache, deren Kaufpreis in Teilzahlungen berichtet werden soll ...". Diese gesetzliche Begriffsbestimmung enthält alle wesentlichen Merkmale des Abzahlungskaufs:

Erste Voraussetzung ist ein Kaufvertrag. Für diesen Kaufvertrag gelten gemäß Art. 32 EGBGB grundsätzlich die Vorschriften des EGB, da das AbzG insoweit keine besonderen Vorschriften enthält. Nach bürgerlichem Recht ist der Kauf ein rein schuldrechtlicher Vertrag, der den Umsatz von Gütern (Sachen, Rechten oder sonstigen Vermögenswerten) gegen Geld bezweckt¹⁾. Er ist ein gegenseitiger Vertrag, der beide Vertragsparteien zu einer Leistung verpflichtet: die eine Partei (den Verkäufer) zur Übertragung eines Vermögensgegenstandes, die andere Partei (den Käufer) zur Zahlung einer Geldsumme (des Kaufpreises). In § 433 I u. II BGB sind diese Hauptpflichten der Parteien ge-

1) Enn.-Lehmann § 101; Kuhn in BGB-RGRK § 433 Anm. 1; Staud.-Ostler § 433 III; Soergel-Pallerstedt vor § 433 Anm. 1; Cr.-Ostler § 1 Anm. 3; Klaus § 1 Anm. 19; Esser § 99, 1; Erman-Böhle-Stamschröder § 433 Anm. 1; Pal.-Gramm § 433 Anm. 1

setzlich festgelegt. Der Verkäufer einer Sache ist verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen (§ 433 I 1 BGB). Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben (§ 433 I 2 BGB). Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen und die gekaufte Sache abzunehmen (§ 433 II BGB)¹⁾.

Von dieser bürgerlich-rechtlichen Bestimmung des Kaufes geht auch das AbzG aus. Allerdings begrenzt es den Abzahlungskauf gegenständlich auf den Kauf beweglicher Sachen. Nur Kaufverträge, die sich auf bewegliche Sachen beziehen, haben daher in diesem Zusammenhang Bedeutung. Eine analoge Anwendung auf Verträge mit anderen Kaufgegenständen ist nicht möglich²⁾. Der Begriff der Sache ist der gleiche wie in § 90 BGB³⁾. Nach § 90 BGB sind nur körperliche Gegenstände Sachen. Beweglich sind sie, wenn sie nicht Grundstücke, Grundstücksbestandteile oder den Grundstücken gleichgestellt sind⁴⁾. Aus beweglichen Sachen bestehende Sachgesamtheiten, wie Warenlager, Bibliotheken etc. können daher durchaus Gegenstand eines Abzahlungskaufes sein⁵⁾.

- 1) Eine weitergehende Darstellung des Kaufrechts kann nicht erfolgen. Vgl. aber die Literatur zu § 433 BGB.
- 2) Cr.-Ostler § 1 Anm. 9; RGZ 67, 383 (386); Aubele § 1 Anm. 10; Pal.-Gramm § 1, Anm. 2a
- 3) Cr.-Ostler § 1 Anm. 10 ff.; Aubele § 1 Anm. 10 ff.; Klaus § 1 Anm. 22 ff.
- 4) Enn.-Nipperdey § 122 I 3; Cr.-Ostler § 1 Anm. 10 a.E.; Klaus § 1 Anm. 22; Soergel-Siebert vor § 90 Anm. 17; Staudinger-Coing vor § 90 Anm. 19; RGZ 55, 281 (284); 59, 19 (20); 87, 43 (51); 158, 362 (368 f.)
- 5) RGZ 144, 62 (64); Erman-Weitnauer-Klingsporn Vorbem. III Aa aa AbzG; Cr.-Ostler § 1 Anm. 15 ff.; Klaus § 1 Anm. 26; Pal.-Gramm § 1 Anm. 2a AbzG

Ferner ist erforderlich, daß die bewegliche Sache dem Käufer übergeben ist. Die Übergabe muß vor der Fälligkeit des vollen Kaufpreises erfolgt sein¹⁾. Unter Übergabe ist dabei eine wirtschaftliche Übergabe, d.h. die Übergabe zum Gebrauch, zur bestimmungsmäßigen sonstigen Nutzung oder zum Verbrauch, in Erfüllung des Kaufvertrages zu verstehen²⁾. Dies wird im allgemeinen nur durch Verschaffung des unmittelbaren Besitzes möglich sein³⁾.

Ein charakteristisches Merkmal des Abzahlungskaufs ist die Teilzahlungsvereinbarung. Es handelt sich dabei nicht um eine Stundung, sondern um eine Fälligkeitsvereinbarung⁴⁾. Der Käufer braucht den Kaufpreis nicht sofort im Ganzen zu erbringen, sondern in zeitlich auseinanderliegenden Raten. Zwar haben die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag grundsätzlich Zug um Zug zu erfolgen (§ 320 BGB), durch die Teilzahlungsabrede wird jedoch zugunsten des Käufers die Vorleistung des Verkäufers festgelegt⁵⁾. Nach überwiegender Meinung muß dabei eine Aufspaltung des Gesamtpreises in mindestens zwei

-
- 1) Cr.-Ostler § 1 Anm. 22; Enn.-Lehmann § 118 C I; BGHZ 15, 171 (172); Pal.-Gramm § 1 Anm. 4a AbzG
 - 2) Cr.-Ostler § 1 Anm. 25; im Ergebnis ähnlich Klaus § 1 Anm. 30 ff., der unter Übergabe ebenso wie bei § 433 BGB die Verschaffung des unmittelbaren körperlichen Besitzes der Sache versteht; ebenso Pal.-Gramm § 1 Anm. 3b aa; a.A. Weitnauer-Klingsporn in Erman Vorbem. III Aa ee und § 1 Anm. 3 AbzG, die die Übergabe der Sache nicht als Voraussetzung des Abzahlungskaufs ansehen und daher den Begriff der Übergabe weiter fassen.
 - 3) Ebenso Cr.-Ostler § 1 Anm. 26; Klaus § 1 Anm. 30 ff.; Samter S. 8; Lazarus S. 38; Hörle Gruch. 55 S. 179; Schlegelberger-Hildebrandt Einl. z. HGB vor § 373 S. 1673; Pal.-Gramm § 1 Anm. 3b aa. Zu Einzelfragen vgl. insbesondere Cr.-Ostler § 1 Anm. III
 - 4) Pal.-Gramm § 1 Anm. 4a AbzG; Klaus Anm. 49
 - 5) Cr.-Ostler § 1 Anm. 40; Klaus § 1 Anm. 46 ff.

Teilbeträge vereinbart sein¹⁾. Aus § 4 Abs. II AbzG kann jedenfalls nicht entnommen werden, daß mindestens drei Raten erforderlich sind, damit das AbzG anwendbar ist; denn § 4 II AbzG enthält keine wesentliche Voraussetzung des Abzahlungskaufs. Mit der h.M. ist weiterhin anzunehmen, daß die üblicherweise Zug um Zug mit der Übergabe erfolgende Anzahlung als erste Rate mitzuzählen ist²⁾.

Bei der überwiegenden Zahl der Abzahlungsgeschäfte ist auch ein Rücktritts- oder Eigentumsvorbehalt vereinbart. In der Literatur und Rechtsprechung wird zum Teil die Ansicht vertreten, daß der Rücktrittsvorbehalt ein notwendiges Merkmal eines Abzahlungsgeschäfts sei³⁾, wobei das Bestehen eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes dem vertraglich vereinbarten gleichsteht. Als Begründung wird angeführt, eine andere Auffassung würde den Schutz des AbzG zu sehr ausweiten. Dabei wird jedoch übersehen, daß schon die Legaldefinition des § 1 AbzG das Rücktrittsrecht nicht in den Begriff des Abzahlungsgeschäftes einbezieht. Es würden sonst durch das Weglassen derartiger Vereinbarungen auch großartige Möglichkeiten zur Umgehung des AbzG eröffnet. Sinn des AbzG ist es aber gerade, möglichst alle Fälle zu erfassen, um dadurch einen grundlegenden Schutz des Käufers zu gewährleisten. Daher kann die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes nicht als notwendiges

- 1) Cr.-Ostler § 1 Anm. 44; Klaus Anm. 57 ff.; Aubele § 1 Anm. 23; Dür.-Hachenburg-Hön. Einl. vor § 373 Anm. 301; Schlegelb.-H. vor § 373 S. 1673; Rautmann S. 20; Rühl S. 218; Hörle Gruch. 55 S. 180; Erman-Weitn.-Klingsporn Vorbem. III Aa bb AbzG
- 2) Cr.-Ostler § 1 Anm. 45; Klaus Anm. 61; Erman-Weitn.-Klingsporn Vorbem. III Aa bb; RG in Recht 1907 Nr. 3612; OLG Nürnberg JW 1931, 2753; Dür.-Hach.-Hön. Einl. vor § 373, Anm. 301; Schlegelb.-H. vor § 373 S. 1673
- 3) Klaus § 1 Anm. 66; Pal.-Gramm § 1 Anm. 5a AbzG; Hörle Gruch. 55, 179; Hein S. 1; Beuck S. 23; RG in Recht 1916, 298; BGH in NJW 1956, 338

Begriffsmerkmal des Abzahlungsgeschäfts angesehen werden¹⁾.

Aus den gleichen Gründen ist der Eigentumsvorbehalt kein notwendiges Merkmal des Abzahlungsgeschäfts. Die Beschränkung des AbzG auf die Fälle des Eigentumsvorbehalts ist weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck des AbzG haltbar²⁾.

Zusammenfassung: Wesentlich sind also die in der Legaldefinition des § 1 AbzG festgelegten Merkmale des Abzahlungskaufs. Andererseits sind sie jedoch auch ausreichend. Danach ist der Abzahlungskauf der Kauf einer beweglichen Sache unter Teilzahlungsabrede, bei dem die Sache dem Käufer vor Fälligkeit des vollen Entgelts übergeben und dieses Entgelt mindestens in zwei Teilbeträge aufgespalten wird.

bb) Vom Aufbau des Gesetzes her gilt der Abzahlungskauf nach § 1 AbzG als Hauptform des Abzahlungsgeschäftes. Durch die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse hat sich inzwischen aber das Gewicht auf die Abzahlungsgeschäfte im Sinne des § 6 AbzG verlagert. § 6 AbzG wurde geschaffen, um alle Versuche zur Umgehung der zwingenden Vorschriften des AbzG zu vereiteln³⁾. § 6 AbzG enthält keine Definition des verhüllten Abzahlungsgeschäfts. Vielmehr wird auf § 1 AbzG verwiesen: "Die Vorschriften der §§ 1-5 AbzG finden auf Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts in einer anderen Rechtsform zu erreichen, entsprechende Anwendung ...".

- 1) Aubele § 1 Anm. 26; Cr.-Ostler § 1 Anm. 60; Lechner Einl. Anm. 9; Rühl S. 217; Samter S. 2/3; Schubert § 60, 2; Erman-Weitn.-Klingsp. Vorbem. III Aa dd; Paul S. 23; Benke S. 590; Kurtze in JR 60, 38
- 2) So die h.M.: Cr.-Ostler § 1 Anm. 61; Aubele § 5 Anm. 1; Kuhn in RGRK-BGB § 455 Anm. 19; Klaus § 1 Anm. 43 ff.; Schlegelb.-H. vor § 373 S. 1673/1674; Lechner Einl. Anm. 9; Samter S. 3; Rühl S. 217; BGHZ 19, 326 (328); Paul S. 23; Erman-Weitn.-Klingsp. Vorbem. III Aa ff.
- 3) Erman-Weitn.-Klingsp. § 6 Anm. 1; Klaus § 6 Anm. 469; Cr.-Ostler § 6 Anm. 6; Pal.-Gramm § 6 AbzG Anm. 1a; BGH in NJW 54, 185 (186); vgl. auch RGZ 152, 283 (286)

Es darf also kein Abzahlungskauf vorliegen. Vielmehr muß der Vertrag "in einer anderen Rechtsform" geschlossen sein. Dieser Vertrag muß dabei auf die gleichen Zwecke wie der Abzahlungskauf zielen. Dabei genügt allein die objektive Feststellung der Merkmale des § 6 AbzG. Es wird nur darauf abgestellt, ob durch den Vertrag der Erfolg eines Abzahlungskaufs erreicht werden soll. Der auf diesen Erfolg gerichtete Willen der Parteien ist nicht erforderlich¹⁾. Es reicht aus, wenn der Vertrag für den Käufer eine entsprechende wirtschaftliche Situation wie bei einem echten Teilzahlungskauf herbeiführt²⁾. Dabei ist stets die wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden³⁾. Vertragsgegenstand muß also wie beim Abzahlungskauf eine bewegliche Sache sein⁴⁾. Ferner muß der Vertrag auf einen endgültigen Gütertausch gerichtet sein. Dies ist dann der Fall, wenn dem Erwerber das Eigentum übertragen, aber auch schon dann, wenn dem Erwerber eine dauernde, unentziehbare, dem Eigentümer gleiche oder ähnliche Stellung eingeräumt wird⁵⁾. Schließlich muß der Vertrag eine Kreditgewährung zum Inhalt haben, was ebenso wie beim Abzahlungskauf darin zum Ausdruck kommt, daß der eine Teil zur Vorleistung durch Übergabe des Vertragsgegenstandes verpflichtet ist, während der andere Teil das Entgelt nachträglich in Teilleistungen erbringt.

-
- 1) Cr.-Ostler § 6 Anm. 10-12; Klauß § 6 Anm. 474/475; Rühl S. 294; KG in JW 1931, 75 (77); OLG Braunschweig in MDR 51, 677; Pal.-Gramm § 6 Anm. 1b ee; Soergel-Ballerstedt § 455 Anm. 20
 - 2) BGHZ 3, 257 (259)
 - 3) Erman-Weitn.-Klingsp. § 6 Anm. 1; Klauß § 6 Anm. 471 ff.; Cr.-Ostler § 6 Anm. 12, 16 ff.; RGZ 139, 205 (207); Asch in JR 33, 135; Benke in BB 1948, 590 (592)
 - 4) Vgl. unter B. I. 1)b)aa)
 - 5) Asch in JR 33, 135; zust. Klauß Anm. 472 und Cr.-Ostler § 6 Anm. 16

Zusammenfassung: Das verhüllte Abzahlungsgeschäft ist also ein Vertrag, in dem der eine Vertragsteil sich verpflichtet, dem anderen Teil gegen einen in Teilleistungen zu entrichtenden Entgelt eine bewegliche Sache in der Art zu übergeben, daß dieser sie auf die Dauer so besitzen und nutzen kann, wie wenn er sie auf Abzahlung gekauft hätte¹⁾.

2) Geschichtliche Entwicklung

Teilzahlungsgeschäfte sind nicht erst eine Erscheinung der neueren Zeit. Das System, eine Leistung in Teilbeträgen zu bewirken, ist schon in den frühesten Formen des Wirtschaftslebens anzutreffen. Bereits bei den Völkern des Altertums und im Mittelalter war das Teilzahlungsgeschäft gebräuchlich²⁾. Stets war jedoch für derartige Geschäfte die persönliche Beziehung zwischen Händler und Konsument Voraussetzung. Das Teilzahlungsgeschäft konnte also - auch schon im Hinblick auf die nur handwerksmässig betriebene Fertigung - nur in lokalem Rahmen eine beschränkte Bedeutung gewinnen. Die zu Beginn des 19. Jahrhunderts einsetzende Industrialisierung und die damit verbundene Zusammenballung großer Arbeitermassen brachte jedoch eine Verschiebung der wirtschaftlichen Struktur mit sich. Die einsetzende Massenproduktion erforderte auch einen Massenabsatz, der nur durch eine Erweiterung des Kundenkreises möglich war. Dieser vergrößerte Kundenkreis mußte notwendigerweise anonym sein. Das persönliche Element zwischen Händler und Konsument ging verloren. Da infolge des allgemein niedrigen Einkommens aber ein großes Kreditbedürfnis in den Käuferschichten bestand, mußte eine andere Form der Kreditgewährung gefunden werden. Der auf dem persönlichen Vertrauen beruhende unregelmäßige Teilzahlungskredit wurde daher durch vertragliche Vereinbarungen ersetzt, in denen die Tilgung der Kaufpreisumme in bestimmten zeitlich genau festgelegten Raten zu erfolgen hatte. Die Sicherung erfolgte dabei in der

1) Cr.-Ostler § 6 Anm. 25

2) Eleise in HTzW S. 29 f.

Weise, daß der Käufer erst nach Bezahlung der Gesamtverbindlichkeit das Eigentum an der Ware erwerben sollte; zahlte er jedoch nicht, konnte der Verkäufer seine Forderung durch Rückgriff auf die Ware befriedigen¹⁾.

Diese Verkaufsmethode wurde erstmals um die Mitte des 19. Jahrhunderts in größerem Umfang von der Nähmaschinenfabrik Singer in den Vereinigten Staaten angewandt. Um die gleiche Zeit etwa setzte auch in Deutschland die Entwicklung der Teilzahlungskreditgeschäfte ein. Nachdem zuerst ausschließlich der Handel als Kreditgeber seiner Kunden aufgetreten war, setzten nach 1900 Bestrebungen ein, das Teilzahlungsgeschäft auch bankmässig zu organisieren²⁾. Auch in diesem Falle wurden die ersten Versuche in den Vereinigten Staaten gemacht. Kurze Zeit später wurden auch in Deutschland die ersten speziellen Teilzahlungsbanken und Teilzahlungskreditinstitute gegründet³⁾. Erst diese Entwicklung brachte die endgültige Verbreitung der Abzahlungsgeschäfte⁴⁾. Die Kreditinstitute erledigten nun anstelle der Händler die Finanzierung des Abzahlungsgeschäfts. Neben der Verwaltungsarbeit stellten sie auch die notwendigen Mittel bereit, so daß die Händler nicht mehr eigenes Kapital oder Barkredite für die Finanzierung einsetzen mußten. Seit dieser Zeit verlagert sich das Teilzahlungsgeschäft in immer stärkerem Maße vom Handel auf den bankmässig organisierten Sektor. Zu der ständig noch wachsenden Zahl der Teilzahlungsbanken - im Jahre 1958 waren es 168 - kommen nunmehr auch die allgemeinen Banken und Sparkassen, die sich diesen Finanzierungsgeschäften inzwischen ebenfalls zugewandt haben⁵⁾, da sich im Laufe der Zeit herausstellte, daß Teilzahlungskredite kaum ungünstiger als andere Kredite zu beurteilen sind⁶⁾.

1) Bleise in HTzW S. 32

2) Bleise in HTzW S. 36 ff.

3) 4) Koch, W., S. 12

5) Bleise in HTzW S. 46; Cr.-Ostler Einl. Anm. 3 a.E., 4

6) Kaminsky S. 1503

3) Wirtschaftliche Bedeutung

a) Die Bedeutung der Abzahlungsgeschäfte ist seit ihrem Aufkommen gegen Anfang des 19. Jahrhunderts fast ununterbrochen gewachsen. Besonders nach dem zweiten Weltkrieg ist ein rasches Ansteigen der Abzahlungsgeschäfte zu bemerken. So betrug der Anteil der Kundenkreditgeschäfte am Gesamtumsatz des Einzelhandels bereits 1954 15,5 %¹⁾. Danach ist die Tendenz im ganzen gesehen rückläufig. Über 14,6 % im Jahre 1957 sank der Anteil der Kreditgeschäfte - nach einem Ansteigen im Jahre 1959 auf 14,9 % - 1960 auf 14,4 % und 1962 auf 13,9 %²⁾. Allerdings ist dies wohl kein echter Rückgang. Die Bankinstitute gewähren nämlich in zunehmendem Umfang Kleinkredite und Teilzahlungsbarkredite, so daß echte Vergleichsmöglichkeiten nicht gegeben sind.

Das Teilzahlungsgeschäft ist nicht nur beim Einzelhandel³⁾, sondern auch in der Industrie⁴⁾ verbreitet, während es im Großhandel eine geringere Rolle spielt⁵⁾. Es erstreckt sich auf die verschiedensten Branchen. Jedoch sind die Arten auf Teilzahlungsbasis abgesetzter Güter relativ gering. Hauptsächlich werden höherwertige, langlebige Güter auf diese Weise verkauft. Im einzelnen ist der Verkauf auf Teilzahlung vor allem üblich: Beim Absatz von Kraftfahrzeugen, Fahrrädern, Schreib- und Büromaschinen, Nähmaschinen, Einrichtungen für Gewerbetreibende, Zahnärzte und Ärzte, von verschiedenen elektrischen Haushaltsgeräten, Möbeln, Rundfunk- und Fernsehgeräten, Planos, Werkzeugmaschinen, landwirtschaftlichen Maschinen und Geräten sowie von sanitären Einrichtungen und Heizungsanlagen⁶⁾.

1) Menge in TZW 1962 S. 196 ff.

2) Menge in TZW 1962 S. 196 ff. u. 1964 S. 50 ff.

3) Menge in HTzW S. 76 ff.

4) Scholten in HTzW S. 63

5) Stein in HTzW S. 95

6) Scholten in HTzW S. 65

b) Diese ständige Ausweitung der Teilzahlungsgeschäfte, gleich in welcher Form, hat verschiedene Ursachen. Einmal kommt es dem Charakter weiter Käuferschichten entgegen, eine Sache zu besitzen und zu benutzen, ohne lange Zeit dafür gespart zu haben. Zum anderen fällt einem großen Teil der Käufer das zielstrebige freiwillige Sparen wesentlich schwerer als die Erübrigung der für die Anschaffung notwendigen Beträge unter dem Zwang der Teilzahlung. Ferner ermöglicht oft erst die Form der Teilzahlung unbemittelten Personen die Möglichkeit, notwendige, aber kostspielige Produktionsmittel - man denke z.B. an Maschinen und Geräte für kleine, mittlere oder landwirtschaftliche Betriebe - zu erwerben¹⁾. Gerade für den Erwerb von Produktionsmitteln hat daher das Teilzahlungsgeschäft eine erhebliche Bedeutung erlangt²⁾. Schließlich ist als wesentlicher Faktor die Errichtung der Teilzahlungsfinanzierungsinstitute zu nennen. Erst durch sie wurde die allgemeine Verbreitung der Teilzahlungsgeschäfte ermöglicht.

c) Ob diese Verbreitung der Teilzahlungsgeschäfte wünschenswert ist oder nicht, mag dahingestellt bleiben³⁾. Es ist jedoch sicher, daß Teilzahlungsgeschäfte Nachteile mit sich bringen. Gerade in der ersten Zeit ergaben sich durch die Ausnutzung des Abzahlungskäufers so arge Mißstände, daß eine zwingende gesetzliche Regelung unumgänglich war. Diese gesetzliche Regelung erfolgte in Deutschland durch das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, welches noch heute in unveränderter Form gültig ist.

- 1) Begründung des Entwurfs des AbzG von 1892, abgedruckt bei Aubele Einl. II S. 10/11; Rühl S. 219/220
- 2) Vgl. über die Verteilung der Abzahlungsgeschäfte auf die einzelnen Volksschichten: Koch, W., S. 32 ff.
- 3) Vgl. dazu Kohlndorfer S. 9 ff.; Koch, W., S. 128 ff.

Als Schutzgesetz zugunsten des Käufers schränkt es durch seine zwingenden Normen die Vertragsfreiheit ein. Für die Auslegung des AbzG folgt daraus, daß die Normen eng auszulegen sind, andererseits aber die wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden ist, welche die Beachtung des Gesetzeszweckes fordert, den wirtschaftlich schwächeren Abzahlungskäufer wegen seiner grundsätzlich geringeren Erfahrung im Wirtschaftsleben zu schützen. Bei Interessengegensätzen und Fragen der Auslegung des Gesetzes muß also berücksichtigt werden, daß vom Gesetz die Belange des Käufers bewußt in weit stärkerem Maße als die des Verkäufers beachtet sind¹⁾.

II. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen

1) Ursachen der Entstehung

Die Ursachen der Entstehung und Verbreitung von AGB²⁾ sind im einzelnen vielschichtig. Doch lassen sich das Prinzip der Vertragsfreiheit als Voraussetzung³⁾ und das Rationalisierungs- und Machtstreben als Grundtendenzen deutlich erkennen⁴⁾.

a) Das System des BGB wird von dem Grundgedanken der freien Willensbildung des einzelnen getragen⁵⁾. Dies äußert sich insbesondere im Recht der Schuldverhältnisse in dem als selbstverständlich betrachteten Prinzip der Vertragsfreiheit. Das BGB erwähnt das Prinzip der Vertragsfreiheit nicht ausdrücklich. Jedoch ergibt es sich aus einer Reihe von Bestimmungen,

-
- 1) Plum in JW 1933, 909 (910); Cr.-Ostler Einl. Anm. 20; BGHZ 15, 171 (174); Ewald AbzG S. 132, insbesondere Anm. 216; Paul S. 26
 - 2) Bedingung ist dabei nicht im technischen Sinn der §§ 158 ff. BGB aufzufassen, sondern in der dem Handelsverkehr entlehnten Bedeutung einer abstrakten Regel für künftig zu schließende konkrete Einzelverträge. Vgl. Hase S. 7; Hueck Normen S. 36; Hodum S. 11
 - 3) Nastelski S. 212; Claus MDR 59, 166; Raiser S. 277,
 - 4) Raiser S. 19/20
 - 5) Esser § 5, 1

insbesondere aus § 305 BGB; ebenso ist es aus den Motiven¹⁾ zu entnehmen²⁾. Der einzelne kann nach seinem Belieben mit einem anderen Verträge abschließen. Diese Verträge werden von der Rechtsordnung als rechtsverbindlich anerkannt und gewähren so den Beteiligten die Möglichkeit, auf dem Gebiete des Vertragsrechts ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen nach ihrem Ermessen mit obligatorischer Wirkung unter sich zu bestimmen, durch Vereinbarung nach ihrem gemeinsamen Willen selbst zu gestalten³⁾. Die Vertragsfreiheit umfaßt dabei Abschlußfreiheit, Freiheit in der Wahl des Gegenkontrahenten, inhaltliche Gestaltungsfreiheit, Typenfreiheit und Lösungsfreiheit⁴⁾.

Jedoch ist die Vertragsfreiheit nicht unbeschränkt. Sie kann nur innerhalb gewisser Grenzen Wirksamkeit erlangen⁵⁾. Diese Grenzen werden durch zwingende generelle oder spezifische Gesetzesvorschriften gezogen⁶⁾. Darüber hinaus hat das Gesetz für eine Anzahl typischer Schuldverhältnisse auch selbst Regeln aufgestellt. Gemäß dem Prinzip der Vertragsfreiheit sind diese Vorschriften aber dispositiv, so daß die Vertragspartner auch hier eigene abweichende Vereinbarungen treffen können. Auf diese Weise glaubte man, am besten und umfassendsten einen gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Vertragspartner zu gewährleisten. Das Recht sollte zu diesem Zweck elastisch und anpassungsfähig sein. Es sollte der wirtschaftlichen Entwicklung und den individuellen Bedürfnissen

1) Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich Bd. II Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888 S. 2

2) Vgl. auch Hase S. 1

3) Larenz S. 44; Esser § 5, 1; Raiser in JZ '58 S. 1; Manigk S. 27 ff. und S. 93 ff.; Etzler S. 27 ff.; vgl. auch v. Hippel S. 71; anderer Ansicht - wohl unzutreffend - Schmidt-Rimpler S. 159 ff.

4) Enn.-Nipperdey § 163 V Anm. 18; Dilcher in NJW 60, 1040

5) Vgl. Raiser S. 277 ff.; v. Hippel S. 110 ff.

6) Larenz S. 44; Esser § 5, 2; Enn.-Lehmann § 27, 2; Wilde in BGB-RGRK § 305 Anm. 1; Schmidt in Soergel-Siebert vor § 305 Anm. 19 ff.; Pal.-Dancckelmann Einf. vor § 145 Anm. 3a; BGHZ 8, 23 (31)

des einzelnen Rechnung tragen können¹⁾. So wird das Prinzip der Vertragsfreiheit, die Möglichkeit der Abdingbarkeit dispositiver Normen erklärlich: Sie folgt aus der Vorstellung, daß der von den Beteiligten nach ihren Bedürfnissen gestaltete Vertrag ein größtmögliches Maß an Gerechtigkeit enthält, da er durch die Einigung zweier wirtschaftlich gleichgestellter Partner im freien Spiel der Kräfte als Ausgleich ihrer besonderen Bedürfnisse zustande kommt²⁾. Ob das Prinzip der Vertragsfreiheit nach der bisherigen Entwicklung in allen Fällen gerechtfertigt ist, scheint jedoch zweifelhaft³⁾.

b) Das Rationalisierungsstreben⁴⁾ wird getragen von mehreren Momenten. Einmal sollen lange Verhandlungen erspart werden. Zudem gibt die inhaltliche Gleichheit, z.B. Haftungsbegrenzung, erst die Möglichkeit genauer Kalkulation. Die AGB sollen eine sichere Rechtsgrundlage bieten, indem sie etwa Streitfragen der Judikatur oder Unklarheiten in der Auslegung von Handelsbräuchen eindeutig regeln, um späteren Streitigkeiten vorzubeugen; sie sollen das allgemeine Recht den besonderen Bedürfnissen einer Berufsgruppe anpassen⁵⁾. Im Zeitalter der Massenproduktion, des Massenvertrages sollen sie die schnelle Abwicklung des Vertrages auf einer sicheren Grundlage gewährleisten.

1) Raiser S. 17; Hase S. 3

2) Larenz S. 44; Raiser S. 17; Hase S. 4/5

3) Vgl. insbesondere Brandt S. 76 ff.; Haupt in ZAKDR 1943, 84 f.; Dilcher in NJW 60 S. 1042

4) Vgl. zu diesem Problemkreis v. Brunn S. 27 ff., insbesondere S. 48/49

5) Raiser S. 20/21; Brandner S. 252; Nastelski S. 213

Alle diese Momente dienen der Rationalisierung, sie erhöhen die Leistungsfähigkeit und Rentabilität des einzelnen Unternehmens, mindern die Geschäftskosten und das Betriebsrisiko und ermöglichen eine sinnvollere und bessere Ausnutzung von menschlicher und maschineller Arbeitskraft.

c) Allerdings hat dieses in der Aufstellung von AGB zum Ausdruck kommende Rationalisierungsstreben noch eine zweite weitaus stärkere Wurzel; die Machtverstärkungs- und -erhaltungstendenz. Diese Machtverstärkungstendenz überlagert sogar das Rationalisierungsstreben; denn nur dem Aufsteller sollen die durch die Aufstellung der AGB erzielten Vorteile zugute kommen. Durch das rechtliche Mittel der AGB soll gerade die wirtschaftliche Macht des Aufstellers verstärkt und erhalten werden¹⁾. Durch die AGB sollen dem Aufsteller nicht nur Prozesse erspart werden, sondern es soll ihm auch bei einem Prozeß eine möglichst gute Rechtsstellung eingeräumt werden. Für derartige Zwecke haben sich die AGB als vorzügliches Hilfsmittel erwiesen²⁾. Der Kunde wird meist nicht die rechtlichen Auswirkungen, welche die AGB haben, übersehen können. Zudem wird er sie aus Gleichgültigkeit meist unbesehen in der Hoffnung auf eine glatte Abwicklung des Geschäfts hinnehmen. So wird unter Umständen die Zustimmung zu Klauseln erlangt, die der Kunde bei tatsächlichem Erfassen des rechtlichen Gehalts niemals anerkannt hätte. Oft wird darüber hinaus das Gefühl wirtschaftlicher Schwäche den Kunden zur Annahme der Bedingungen veranlassen, obwohl er erkennt, daß seine Rechtsposition dadurch verschlechtert wird.

1) So auch Gallois in NJW 54, 293

2) Raiser S. 21/22

Die AGB sind also hauptsächlich Kampfmittel zur Verstärkung und Erhaltung wirtschaftlicher Macht. Gerade aus dieser Sicht werden ihre rasche Verbreitung, die Aufstellung immer umfassenderer und ausführlicherer Klauseln und ihr oft willkürlicher und einseitiger Inhalt erklärlich.

d) Zusammenfassung: Das Prinzip der Vertragsfreiheit ist also Grundlage und Voraussetzung für die Entstehung von AGB, während Rationalisierung, Vorteils- und Machtstreben die wesentlichen Triebkräfte für ihre Aufstellung, ihre Verbreitung und Bedeutung bilden.

2) Begriff und Abgrenzung

a) Auch heute noch entspricht ein großer Teil aller Verträge wenigstens in etwa der idealisierenden Anschauung, welche dem Prinzip der Vertragsfreiheit zugrunde liegt. In solchen Fällen ist daher wahrscheinlich auch ein evtl. Abweichen von den dispositiven Normen des Gesetzes zweckmäßig und für beide Parteien vorteilhaft. Andererseits darf aber nicht verkannt werden, daß dieser Ausgleich oft nicht vollzogen wird, da eine Partei der anderen überlegen ist. Es ist eine allgemeine Erscheinung, daß dabei derjenige, der dem anderen gegenüber die stärkere Position besitzt - z.B. auf Grund seiner wirtschaftlichen Macht oder der Unkenntnis und Unerfahrenheit des Gegners -, diese benutzt, um den Vertrag einseitig zu seinen Gunsten festzulegen¹⁾. Der schwächere Partner wird sich fast ausnahmslos dieser einseitigen Verlagerung beugen, um das Geschäft überhaupt abschließen zu können.

1) Mroch, S. 4; für AGB Haupt S. 2/3; Müllereisert S. IX

Diese Überlegenheit einer Vertragsseite ist besonders häufig bei dem sich im Zuge der Industrialisierung ausbreitenden sog. Massenvertrag anzutreffen¹⁾. Bezeichnend für den Massenvertrag ist die Typisierung des Vertragsinhalts ohne Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse des jeweiligen Vertragsgegners²⁾. Derjenige, der ständig gleichartige Geschäfte in unbestimmter Vielzahl abschließt, legt häufig den Inhalt dieser Verträge ganz oder in wichtigen Einzelpunkten im voraus generell und abstrakt in AGB fest³⁾. Infolge ihrer weiten Verbreitung sind derartige AGB in allen Wirtschaftsbereichen eine alltägliche Erscheinung.

b) Der Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen ist im wesentlichen nicht umstritten⁴⁾. Im allgemeinen⁵⁾ geht man in Lehre und Rechtsprechung von der Erscheinung der AGB (als solcher) aus, ohne eine genaue Definition vorzunehmen. Dies mag darauf zurückzuführen sein, daß bei zahlreichen Erörterungen eine genauere Begriffsfestlegung entbehrlich ist. Eine Abgrenzung gegenüber anderen verwandten rechtlichen Erscheinungen ist jedoch ohne eine derartige Begriffsbestimmung nicht möglich.

Im Anschluß an die bisherigen Erörterungen ist folgendes für AGB kennzeichnend: Sie werden für eine Vielzahl typischer Rechtsgeschäfte einer bestimmten Art aufgestellt. Daraus ergibt sich als Folgerung die abstrakte und generelle Regelung,

1) Raiser S. 17/18

2) Raiser S. 19

3) Larenz S. 89; Lukes, Festschrift S. 459/460; vgl. im einzelnen Raiser S. 18 ff.

4) Vgl. Etzler S. 1

5) Vgl. Lukes, Festschrift S. 459 Anm. 2; Raiser S. 18 ff.; Naegeli S. 1 ff.; Nastelski S. 212; Thormann S. 10; Hodum S. 11; Guthke S. 1/2, RGZ 58, 151 (155)

die im voraus den Inhalt der später abzuschließenden Rechtsgeschäfte festlegt. Ferner erfolgt die Aufstellung der AGB durch einen der Vertragsteile der später abzuschließenden Einzelrechtsgeschäfte, unter seiner Mitwirkung oder durch einen Dritten, der dessen Interesse wahrnimmt¹⁾. Daß darüber hinaus auch die Machtverstärkungstendenz als Merkmal anzusehen ist²⁾, erscheint nicht zutreffend. Die Machtverstärkungstendenz ist zwar meist gegeben, sie folgt daraus, daß die AGB von einem Vertragsteil aufgestellt werden. Jedoch ist sie kein notwendiges Merkmal, da auch AGB ohne Machtverstärkungstendenz denkbar und möglich sind³⁾. Als Merkmale von AGB sind daher schlagwortartig festzuhalten: Die generelle und abstrakte Regelung typischer Rechtsgeschäfte bestimmter Art; hierbei wird der Inhalt des späteren Einzelrechtsgeschäfts durch einen Vertragspartner vorformuliert⁴⁾.

c) Damit läßt sich auch eine Unterscheidung zu ähnlichen Instituten treffen.

aa) Vielfach werden auch heute noch bei Verträgen Formulare verwandt (z.B. bei Mietverträgen, Vollmachten). Solange derartige Formulare die einzelnen Merkmale für AGB erfüllen, besteht keine Notwendigkeit, sie nicht unter den Begriff der AGB einzuordnen⁵⁾. Der von Raiser⁶⁾ verwandte Gedanke, die Formulare seien nur "Behältnisse", in welche die Parteien einmalige

1) Lukes Festschrift S. 459 Anm. 2

2) So Raiser S. 24

3) Auch die von v. Brunn S. 20 und von v. Godin RGRK-HGB § 346 Anm. 17 vorgenommenen über die bisherigen Merkmale hinausgehenden Einschränkungen erscheinen nicht zutreffend. Vgl. Lukes Festschrift S. 459 Anm. 2

4) Lukes, Festschrift S. 459 Anm. 2; ähnlich Naegeli S. 1 ff.; Guthke S. 1/2; Nastelski S. 212; Thormann S. 10

5) Lukes a.a.O.

6) Raiser S. 24

Individualgeschäfte füllen, vermag keine Unterscheidung zu begründen. Vielmehr sind Formulare unter den oben genannten Voraussetzungen als Unterfall von AGB anzusehen¹⁾.

bb) Eine echte Unterscheidung ist gegenüber den formelhaften Abkürzungen zu treffen, die vor allem im Kaufrecht anzutreffen sind (z.B. die Klauseln cif, fob, c & f, ex ship). Derartige Klauseln dienen ebenfalls der Vereinfachung des Vertragschlusses. Doch sind sie nicht durch einen Vertragspartner festgelegt, sondern durch Handelsbrauch entstanden^{2) 3)}. Sie sind daher nicht den AGB zuzurechnen, wenn sie auch in enger Beziehung zu ihnen stehen⁴⁾.

cc) Schließlich sind noch die häufig in Dauerrechtsverhältnissen, wie z.B. in Gesellschaftsverträgen oder Satzungen, vorkommenden Regelungen zukünftiger unter Umständen nie eintretender Tatbestände zu erwähnen. Auf Grund ihrer abstrakten Fassung könnten derartige Vertragsbestimmungen als AGB anzusehen sein. Jedoch handelt es sich hier um Individualverträge, die für ein konkretes Lebensverhältnis abgeschlossen sind. Einzelne Bestimmungen dieser Verträge sind nur deshalb abstrakt formuliert, um auch die ungewisse zukünftige Entwicklung zu erfassen⁵⁾. Es fehlt also für ihre Einordnung als AGB das Merkmal der Geltung für typische Rechtsgeschäfte bestimmter Art.

- 1) Naegeli S. 3/4 sieht Formulare zwar nicht als AGB an, will sie aber ebenso wie AGB behandeln.
- 2) Vgl. über die Unterschiede von Handelsbräuchen und AGB Graul S. 12 ff., 14 ff.
- 3) Anders liegt es bei den von der Int.H.K. veröffentlichten sog. "Incoterms", die wohl als AGB anzusehen sind. Baumb.-D. Einf. Buch III G u. Anhang I § 382
- 4) Raiser S. 25; Würdinger in RGRK-HGB vor § 373 Anm. 143 ff.
- 5) Raiser S. 23

d) Zusammenfassung: Diese mehr beispielhaften Abgrenzungen verdeutlichen hinreichend die getroffene Begriffsbestimmung. Danach fallen unter den Begriff AGB im einzelnen Einkaufs- und Verkaufsbedingungen, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, Miet-, Beförderungs-, Versicherungs-, Bank-, Börsen- und Spediteurbedingungen etc., eben alle Bestimmungen, welche die oben erarbeiteten Merkmale der AGB aufweisen.

3) Geschichtliche Entwicklung

Wie zahlreiche andere Erscheinungen des heutigen Rechtslebens sind auch die AGB Ergebnis einer weitreichenden Entwicklung¹⁾. Bereits im 14. Jahrhundert setzten bei Seeversicherungsverträgen die Makler vor Protokollierung durch den Notar Urkunden auf, die einseitig vom Versicherer ausgestellt und unterschrieben waren²⁾. Diese Urkunden (Seeversicherungspolice) gelten als Wurzeln der heutigen AGB³⁾. Aber erst mit Einsetzen der durch die Industrialisierung begründeten wirtschaftlichen Entwicklung gegen Ende des 18. Jahrhunderts findet man AGB im heutigen Sinne. Die Börsen, die Versicherungsgesellschaften, die Verkehrsunternehmen stellen AGB auf, da bei ihnen zuerst das Bedürfnis nach einheitlich festgesetzten, typisierten Geschäftsbedingungen entsteht. Vereinzelt folgen die anderen Branchen⁴⁾. Jedoch erst in den letzten Jahrzehnten im Zeichen der Massenproduktion, des Massenabsatzes, des Massenvertrages, des Massenverkehrs, der Standardisierung haben AGB eine allgemeine Verbreitung gefunden und beherrschende Stellung erworben⁵⁾.

-
- 1) Es kann nur ein kurzer Überblick gegeben werden. Vgl. im einzelnen die ausführliche Darstellung mit zahlreichen Literaturangaben bei Raiser S. 26 ff.
 - 2) Wüstendörfer S. 21; Goldschmidt S. 374; Ehrenberg S. 38; Manes S. 25; Raiser S. 26
 - 3) Vgl. Bobrowski S. 1
 - 4) Raiser S. 26/27; Bobrowski S. 1; v. Gierke S. 26
 - 5) Raiser S. 18, 27/28; Droste I

4) Verbreitung

Demzufolge sind AGB in allen Bereichen des heutigen Wirtschaftslebens anzutreffen. Besondere Bedeutung haben die AGB dabei in der gesamten Industrie, im Großhandel, in der Verkehrs- und Transportwirtschaft, in der Energieversorgung, im Geld-, Bank- und Börsenwesen und im Versicherungswesen erlangt. Im Handwerk und im Einzelhandel sind sie kaum zu finden. Sie spielen dort meist nur bei Teilzahlungsgeschäften eine Rolle¹⁾.

III. Die Wertungsmaßstäbe

Bevor mit der konkreten Untersuchung der einzelnen auf das AbzG bezüglichen AGB-Klauseln begonnen werden kann, sind jedoch noch zwei Fragen zu klären: Einmal die Frage, ob die Klauseln als solche überhaupt schon einer rechtlichen Wertung zugänglich sind, und die weitere Frage, wie die Inhaltskontrolle durchzuführen ist. Gerade im Bereich dieser Probleme herrschen viele Unstimmigkeiten und Streitfragen. Die Ausführungen müssen sich daher auf die Skizzierung der für das Verständnis notwendigen Hauptlinien der Entwicklung und die Folgerungen für die konkreten Untersuchungen beschränken, da gerade die konkreten Untersuchungen den Hauptteil dieser Arbeit darstellen sollen.

1) Möglichkeit der Bewertung

Eine isolierte Bewertung von AGB ist nur möglich, wenn man ihnen einen gesetzesähnlichen objektiven Rechtsnormencharakter gibt, oder die Aufstellung der AGB ohne Eingehen in den Einzelvertrag als Rechtsgeschäft ansieht. Sieht man dagegen die Aufstellung der AGB als rein tatsächlichen, als rechtsfolgenlosen, rechtlich neutralen Akt an, sind die AGB als solche noch nicht einer Bewertung zugänglich, sind vielmehr nur als Teil des später abzuschließenden Einzelrechtsgeschäfts zu beurteilen.

1) Vgl. die ausführliche Darstellung bei Raiser S. 29 ff.

a) Aus soziologischer Perspektive ähnelt der Vorgang der Aufstellung von AGB sehr der Gesetzgebung. Es erschien daher naheliegend, AGB als gesetzessgleiche oder -ähnliche Rechtsordnung, als Quellen objektiver Rechtsnormen aufzufassen. Diese Rechtsauffassung wurde in den Jahren vor und nach dem zweiten Weltkrieg von der Mehrheit in Literatur und Rechtsprechung vertreten¹⁾. Sie wird heute mit Recht abgelehnt, denn einerseits fehlt dem Unternehmer die Ermächtigung zum einseitigen Erlaß von Rechtsnormen, andererseits fehlt den AGB das Gerechtigkeitsmoment, welches der objektiven Rechtsnorm inhärent ist²⁾. AGB sind daher nicht als Rechtsnormen anzusehen.

b) Die Auslegung und Beurteilung der AGB als solcher erschiene aber möglich, wenn der Aufstellungsvorgang schon für sich selbst als Rechtsgeschäft anzusprechen wäre. Diese Meinung wird von Lukes - in Anschluß an A. Hueck³⁾ - vertreten⁴⁾.

Danach sind die AGB ein rechtsgeschäftliches Produkt, ein Gegenstand von selbständiger rechtlicher Substanz⁵⁾, unabhängig davon, ob das Aufstellen der AGB durch Unternehmerabrede er-

-
- 1) Herschel in DR 41, 1727; ebenfalls in DR 1942, 753 f.; Haupt S. 189; RG in DR 41, 1210; RGZ 171, 43 (48); Eilles ZZP S. 3/4 und DGWR S. 121 f.; wohl auch Hamann MDR 49, 209 (211); Schmid-Lossberg BB 52, 103 (104); Bernhardt DR 42, 1172; Großmann-Doerth S. 5/6; BGHZ 1, 83 (86); 3, 200 (203); 9, 1 (3); 12, 136 (142)
 - 2) Brandner S. 249/250; Lukes JuS 61 S. 304; Lukes, Kartellvertrag S. 16 f.; BGHZ 17, 1 (2); Krause BB 55, 265 (269); Ballerstedt JZ 56, 270; Baumb.-D. Einf. Buch III Anm. 3 A; Lukes Festschrift S. 476 f.; Isele JuS 61, 310; BGH in NJW 59, 1679; v. Godin § 346 Anm. 17 c; v. Brunn S. 68; Erman-Hefermehl vor § 145 III 2a; Enn.-Nipperdey § 163 VI; Soergel-Mezger vor § 145, 12; Meeske BB 59, 859; Larenz S. 89; Nörr S. 34 ff.; Staudinger-Coing Vorbem. vor § 145, 24a; Fischer S. 484; Esser § 12 Anm. 5 und 6
 - 3) Jh.J. Bd. 73 S. 33 ff.
 - 4) Lukes Festschrift S. 477 ff.; Kartellvertrag S. 192 ff., 253 ff.; JuS 61, 303
 - 5) Brandner S. 250/251

folgt oder auf dem Entschluß des einzelnen Unternehmers beruht. Den für das Rechtsgeschäft begrifflich notwendigen Rechtserfolg der Aufstellung der AGB sieht Lukes in der erstrebten Einwirkung auf künftige Verträge mit Dritten.

Folgt man dieser Ansicht, ist es möglich, AGB schon vor ihrem Eingehen in Einzelverträge zu beurteilen, der Vorgang der Aufstellung wird schon rechtlich erfaßt.

c) Diese Ansicht von Lukes steht im Gegensatz zu der wohl heute herrschenden Meinung, die den AGB vor ihrem Eingehen in die Einzelverträge die rechtliche Wirksamkeit abspricht. Der Aufstellungsvorgang ist nur ein rechtsfolgenloser, rechtlich neutraler Akt¹⁾. Die AGB erlangen erst dadurch rechtliche Geltung, daß sie Teil des Einzelvertrages werden²⁾.

d) Folgerungen: Folgt man der Meinung von Lukes, können die AGB als solche schon einer rechtlichen Wertung nach den für Rechtsgeschäfte geltenden Rechtsnormen unterzogen werden. Es bedarf nicht der Aufnahme in den Einzelvertrag.

Stellt man sich dagegen auf die Seite der herrschenden Meinung, so kommt man zu dem Ergebnis, daß die AGB als solche einer Inhaltskontrolle noch nicht unterliegen. Die Untersu-

- 1) Ballerstedt JZ 56, 270; Brandner S. 251/252; Fikentscher BB 61, 298; Enn.-Nipperdey § 163, VI 1 und 2; Larenz S. 90 Fußnote 1; Krause BB 55 S. 267, 269; Thormann S. 18; Sandrock AcP 159, 529; Isele JuS 61, 311; Flume S. 168 Note 98; Erman-Hefermehl vor § 145 III 2 a; BGHZ 17,1 (2); BGH in MDR 59, 913
- 2) Auf welche Weise die AGE Teile des Einzelvertrages werden, ist bisher ebenfalls nicht eindeutig geklärt, diese Frage ist aber bei der vorliegenden Untersuchung unbeachtlich.

chung von AGB kann daher nur für den Fall geführt werden, daß die AGB als Teil eines später abzuschließenden Einzelrechtsgeschäfts angesehen werden. Auf die AGB als solche hat die Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit keine Wirkungen. Erst wenn auf der Basis von AGB, die unwirksame Bestimmungen enthalten, Verträge abgeschlossen werden, taucht die Frage der Gültigkeit der AGB auf, und zwar nur mit Rücksicht auf die Rechtsgültigkeit dieser Verträge¹⁾.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß eine Entscheidung darüber, welcher Meinung zu folgen ist, oder eine Erörterung darüber, welcher neue Weg bei Ablehnung beider Meinungen möglich wäre, im Rahmen dieser Arbeit keine Bedeutung haben kann. Nach beiden Meinungen steht einer rein abstrakten, vom Einzelfall gelösten rechtlichen Wertung nichts entgegen, nur hat diese Wertung in einem Fall unmittelbare Wirkungen, während dies bei der anderen Lösung nicht möglich ist. Es darf daher im Folgenden nicht unbeachtet bleiben, daß die Ergebnisse und Aussagen immer davon abhängig sind, welcher Meinung man folgt.

2) Inhaltsbewertung und Inhaltsgrenzen

a) Zwar sind die AGB nach herrschender Meinung keine Rechtsnormen, dennoch bestehen gegenüber Individualverträgen Unterschiede bei der Bewertung. Man geht dabei von zwei verschiedenen Seiten aus. Einmal versucht man den Inhalt der AGB durch Auslegungsregeln zu fassen. Die AGB sollen Vertragsgrundlage für eine unbestimmte Zahl von Einzelfällen sein. Es ist deshalb nicht der Willen der Parteien im Einzelfall, sondern der typische Sinn der Bedingungen zu ermitteln, § 157 BGB²⁾. Die AGB sind dabei wegen ihres generellen Charakters einheitlich

1) Thormann S. 37

2) Erman-Hefermehl vor § 145 III 4 a; BGHZ 7, 365 (368); Flume in NJW 50, 846; v. Godin RGRK-HGB § 346, 17 d; Soergel-Mezger vor § 145, 16; BGHZ 17, 1 (3); Droste VII; Lukes JuS 61, 307

auszulegen, was jedoch die Auslegung nach Kundengruppen, nach bestimmten Käuferschichten nicht ausschließt¹⁾. Darüber hinaus hat der Aufstellende die Nachteile zu tragen, die sich aus etwaigen Zweifeln und Unklarheiten der AGB ergeben (sog. Unklarheitenregel). Die Auslegung erfolgt also zuungunsten des Aufstellers der AGB²⁾.

Zum anderen versucht man die AGB durch die Kontrolle ihrer Rechtsgültigkeit inhaltlich zu fassen. Als Schranken bei der Begrenzung der AGB werden vor allem die Generalklauseln der §§ 134, 138 I und 242 BGB herangezogen, wobei an die AGB strengere Maßstäbe als an Individualverträge angelegt werden³⁾. Da aber diese gesetzlichen Bestimmungen nicht immer ausreichend sind, werden daneben noch allgemeine Rechtsgrundsätze, wie das Allgemeininteresse, die dispositiven Rechtsnormen, Privatautonomie u.a. zur weiteren Einschränkung herangezogen⁴⁾. Darüber hinaus besteht die Tendenz, die Inhaltsschranken zu objektivieren. Die Interessen einer Sparte, die möglichen und denkbaren Einzelrechtsgeschäftspartner einer bestimmten Gruppe

1) Raiser S. 260; Droste VII; v. Gierke S. 28

2) Allgemeine Meinung: RGZ 120, 18 (20); RGZ 142, 353 (356); RGZ 145, 21 (26); BGH in LM § 242 BGB Cd Nr. 37; Lukes JuS 61, 307; Erman-Hefermehl vor § 145 III 4 a; BGHZ 5, 111 (115); Lehmann S. 26; BGH in NJW 59, 38; Soergel-Hefermehl vor § 145, 16; Droste VII; Raiser S. 260 ff.; Krause BB 55, 266; Soergel-Mezger vor § 145 Anm. 16; Staudinger-Ostler § 433 Anm. 59; Hildebrandt AcP 143, 338; Michel S. 40; Hase S. 18; Baumb.-D. Einf. Buch III Anm. III B; siehe auch Claus in NJW 54, 905; Pal.-Dankelmann § 157, 5 a; im Ergebnis auch Haus S. 38 ff., 42

3) Droste IX; BGH in NJW 62, 1100 (1101); vgl. auch Schneider NJW 54, 133; v. Godin § 346 Anm. 17d; OLG Celle in BB 60, 305; Raiser S. 302 ff.; RGZ 99, 107 (109); 102, 396 (397); 103, 82 (83); 142, 353 (355); 168, 321 (329); BGHZ 22, 90 (95 ff.); Fischer BB 57, 481 (486); Hase S. 16 ff.; Hildebrandt JR 55, 324; Krause BB 55, 269; v. Lüpke BB 57, 840; RG in JW 1931, 2719 (2720)

4) Vgl. Lukes JuS 61, 306/307

dürfen durch die unter Zugrundelegung der AGB geschlossenen Verträge nicht verletzt werden¹⁾. Neuerdings versucht man, § 315 BGB für eine derartige, in stärkerem Maße einengende Kontrolle heranzuziehen²⁾.

b) Inwieweit derartige Versuche der stärkeren Inhaltsbegrenzung tatsächlich zutreffend und möglich sind, mag offenbleiben. Es kann jedoch zumindest davon ausgegangen werden, daß nur im Bereich der Vertragsfreiheit AGB zulässig sind, daß somit die gesetzlichen Verbote im Sinne des § 134 BGB die äußerste, nicht überschreitbare Grenze für die Gültigkeit von AGE bilden³⁾. Bei Verstößen der AGB gegen zwingende gesetzliche Vorschriften tritt Nichtigkeit der AGB-Klauseln ein⁴⁾.

c) Sieht man die Normen des AbzG als solch zwingende Vorschriften an, so bilden sie die gesetzliche unverrückbare Schranke für die Zulässigkeit von AGB-Klauseln, die sich auf das AbzG beziehen. Soweit der zwingende Charakter in den Vorschriften des AbzG selbst ausgesprochen ist (z.B. § 1 I 2 und § 2 I 3 AbzG), bildet gerade die Untersuchung der Frage, ob bei den einzelnen Klauseln diese Grenze überschritten oder nicht überschritten wird, den Hauptteil der Untersuchungen. Bei den übrigen Vorschriften, deren zwingender Charakter sich nicht unmittelbar ergibt, muß zuerst diese Frage geklärt werden. Nur für den Fall, daß man zu dem Ergebnis kommt, es handle sich nicht um zwingende Normen, würden die gegen das AbzG verstoßenden Klauseln nicht schon durch diesen größten und äußersten Filter ausgeschaltet.

1) BGHZ 22, 90 (98); Lukes JuS 61, 306; Lehmann S. 26

2) Vgl. die eingehende Stellungnahme von Lukes, NJW 63 S. 1897 ff.

3) Vgl. Lukes NJW 63 S. 1897

4) Unstreitig, vgl. Erman-Hefermehl vor § 145 III 5; Hase S. 16

aa) Dabei sind im AbzG jedoch zwei Fälle zu unterscheiden. Einmal kommen die Vorschriften des AbzG unmittelbar im Verhältnis Verkäufer-Käufer zur Anwendung, falls ein Abzahlungskauf vorliegt. In diesem Falle entstehen keine Besonderheiten, da es auf die für den Abzahlungskauf von dem Verkäufer angewandten AGB ankommt.

bb) Bei Umgehungsgeschäften im Sinne des § 6 AbzG ist das AbzG jedoch entsprechend anzuwenden. Es entstehen keine besonderen Probleme, falls sich auch bei einem solchen Geschäft zwei Parteien gegenüber stehen.

Dies gilt insbesondere auch im Bereich der Teilzahlungsfinanzierung - die eigentlich drei Personen voraussetzt - bei der sog. Absatzfinanzierung¹⁾. Von der Absatzfinanzierung wird bei der Teilzahlungsfinanzierung jedoch die sog. Kundenfinanzierung unterschieden. Hierbei tritt neben Verkäufer und Käufer ein Dritter (meist ein Kreditinstitut) derart in Erscheinung, daß der Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer an einen Darlehnsvertrag zwischen Käufer und Drittem gekoppelt wird. Das sonst vereinigte Güterumsatz- und Kreditgeschäft wird aufgelöst. Während beide Geschäfte (Kauf und Darlehn) zwar äußerlich getrennt werden können, rechtlich selbständig sind²⁾, bilden sie wirtschaftlich doch eine Einheit, sind also voneinander abhängig. Der Käufer ist wirtschaftlich in der gleichen Lage wie bei einem gewöhnlichen Abzahlungskauf. Aus diesem Grunde wird über § 6 AbzG analog das AbzG auch auf diese

 1) Vgl. Kohlndorfer S. 27; Cr.-Ostler § 6 Anm. 60, 66 ff.; Möllers S. 31 ff. und in HTZW S. 499 f. und 513; Erman-Weitn.-Klingsp. Vorbem. III Acaa; Klausß Anm. 497 f.; Rautmann S. 17; BGH in NJW 54, 185 (186)

2) BGHZ 20, 36 (41); BGH LM § 6 AbzG Nr. 5

Finanzierungsgeschäfte angewandt¹⁾. Die rechtliche Ausgestaltung der sog. Kundenfinanzierung ist aber verschieden. Man unterscheidet gewöhnlich A-, B- und C-Geschäft²⁾, wobei das C-Geschäft als ein dem B-Geschäft ähnlicher Fall bei den Untersuchungen dem B-Geschäft gleichgestellt werden kann³⁾. Dem oben angeführten Modellfall entspricht das B-Geschäft. Entsprechend betreffen die angeführten Zitate auch B-Geschäfte. Im Gegensatz dazu kann beim A-Geschäft die wirtschaftliche Einheit nicht bejaht werden, denn es handelt sich um zwei völlig voneinander getrennte Vertragstypen, die nicht notwendig aufeinander und auf eine konkrete Sache abgestimmt sind. Daher ist die Anwendung des AbzG auf A-Geschäfte abzulehnen⁴⁾, so daß nur bei der Kundenfinanzierung nach dem B- und C-Geschäft über § 6 AbzG die §§ 1-5 AbzG Anwendung finden, falls die sonstigen Voraussetzungen des § 6 AbzG erfüllt sind, die oben aufgezeigt wurden. - Auch bei der Bewertung der AGB solcher als Dritter am Abzahlungsgeschäft beteiligter Darlehensgeber kann daher das AbzG als Kriterium dienen, falls es sich nicht um A-Geschäfte handelt.

-
- 1) Heute h.M.: Vgl. Möllers S. 57; Klauß NJW 53, 6 und 8; Ewald AbzG S. 151; Cr.-Ostler § 6 Anm. 110 f., 138 ff.; Enn.-Lehmann C III; Ermann-Weitn.-Klingsp. Vorbem. III Bb bb AbzG und § 2 AbzG, 8; Pal.-Gramm § 6 AbzG Anm. 1 b ff.; Kohlendorfer S. 31/32; Möllers HTzW S. 513; Klauß Anm. 502/503; Kuhn in RGRK-BGB vor § 433 Anm. 3; BGHZ 3, 257 (259); 5, 373 (375); BGH LM § 6 AbzG Nr. 2; BGH LM § 6 Nr. 4 AbzG mit zust. Anm. von Benkard; BGH NJW 62, 1100 (1101); BGH NJW 54, 185 (186)
 - 2) Eine Darstellung dieser verschiedenen Systeme kann nicht erfolgen. Es wird auf die ausführliche Darstellung bei Möllers S. 7 ff., 23 ff. und 29 verwiesen. Im Übrigen siehe die Kommentare zum AbzG; ferner von Bieberstein S. 14 ff.; Möllers HTzW S. 482 ff.
 - 3) Möllers S. 29
 - 4) Ewald AbzG S. 155/156; Cr.-Ostler § 6 Anm. 124; Möllers HTzW S. 489 und 514

d) Stellt sich bei der Untersuchung nun die Unwirksamkeit einzelner Klauseln heraus, taucht ein weiteres Problem auf, falls man bei der Frage der abstrakten Kontrolle der AGB der h.M. folgt. Bei der Nichtigkeit einzelner Klauseln der AGB, die zum Inhalt eines Einzelvertrages geworden sind, entsteht nämlich die Frage, ob damit gemäß § 139 BGB das ganze Einzelrechtsgeschäft nichtig wird, da im allgemeinen derjenige, der die AGB anwendet, das Rechtsgeschäft nur unter Zugrundelegung der gesamten AGB abschließen will. Damit würde aber durch die Nichtigkeit einzelner Klauseln gerade das erreicht, was vermieden werden soll, nämlich die Nichtigkeit des gesamten Einzelrechtsgeschäfts¹⁾. Die herrschende Meinung wendet daher, allerdings ohne ausreichende Begründung, § 139 BGB auf Einzelrechtsgeschäfte bei der Nichtigkeit einzelner AGB-Klauseln nicht an²⁾. Vielmehr wird das Einzelrechtsgeschäft aufrecht erhalten und an die Stelle der nichtigen Klauseln der AGB tritt das dispositive Gesetzesrecht³⁾.

Folgt man dagegen der Ansicht von Lukes, sind die AGB-Klauseln bei einem Verstoß gegen die aufgezeigten Schranken nichtig und rechtlich unerheblich. Sie können daher nur noch insoweit Teil

1) Vgl. Lukes JuS 61 S. 308

2) BGHZ 22, 90 (92/93); Raiser S. 319 f.; Erman-Hefermehl vor § 145 III 5; LG Göttingen in NJW 56, 592 (593); Fischer BB 57, 484; Soergel-Hefermehl § 139, 29; RGZ 136, 137 (140); Michel S. 59/60; v. Godin RGRK-HGB § 346 Bem. 17 d; Paul S. 37; Hausmann S. 44; v. Brunn S. 114 ff., 118; Pagenstecher S. 19 ff., 78; Raiser NJW 56 S. 304/305; Staud.-Coing § 139, 13 b; Kohlendorfer S. 48 f.; und speziell für das Abzahlungsrecht: Klaus Anm. 148 unter Hinweis auf RGZ 146, 116 (119); RG in Gruch. 68, 518 (518, 520 f.); Krüger-Nieland in RGRK-BGB § 139 Anm. 9 a.E.; RGZ 64, 92 (94); Cr.-Ostler § 1 Anm. 194; Hörle Gruch. 55, 182; Rühl S. 247 f.; Erman-Weitn.-Klingsp. § 1 AbzG Anm. 7; Samter § 1 Anm. 10

3) Dabei ist jedoch zu beachten, daß ein großer Teil der AGB Klauseln enthält, die ausdrücklich die Aufrechterhaltung des Geschäfts auch bei Nichtigkeit einzelner Klauseln festsetzen. Derartige Klauseln sind als zulässig anzusehen. Vgl. Bobrowski S. 192 f.; Rühl S. 67

des Einzelrechtsgeschäfts werden, als sie als gültig angesehen werden. Das Problem der Teilnichtigkeit des § 139 BGB entsteht nicht¹⁾.

Allerdings ist Naendrup - ausgehend²⁾ von der Meinung von Lukes - der Auffassung, aus dem Rechtsgeschäftscharakter der Aufstellung der AGB lasse sich nicht begriffsnotwendig die Unanwendbarkeit des § 139 BGB im Recht der AGB entnehmen³⁾. Ob dies zutrifft, mag dahingestellt bleiben, da auch nach der Ansicht von Naendrup § 139 BGB unanwendbar ist; dies wird aus der fehlenden privatautonomen Rechtfertigung der AGB hergeleitet⁴⁾.

In allen Fällen ist also das Einzelrechtsgeschäft, welches unter Zugrundelegung von AGB geschlossen wird, gültig, und zwar auch dann, falls einzelne AGB-Klauseln nichtig sind.

3) Zusammenfassung

Die AGB-Klauseln können rechtlich bewertet werden. Maßstab und Grenze dieser Wertung soll im vorliegenden Fall das AbzG sein. Soweit das AbzG zwingende Regelungen enthält, stellen Abänderungen in AGB einen Verstoß gegen § 134 BGB dar. Die entsprechenden Klauseln sind daher nichtig, falls sich die Nichtigkeit nicht schon aus dem AbzG selbst ergibt. Allerdings greift § 139 BGB nicht ein, vielmehr sind nur die betreffenden Klauseln nichtig, an deren Stelle die gesetzliche Regelung des AbzG tritt.

1) Lukes JuS 61 S. 308 und Festschrift S. 485

2) Naendrup S. 103 ff.

3) Naendrup S. 162 f.

4) Naendrup S. 158 ff.

C. Die Besonderheiten bei der Berücksichtigung von Abzahlungsgeschäften in AGB

I. Verbreitung der Klauseln

Klauseln in AGB, die sich auf das AbzG beziehen, sind in fast allen Wirtschaftszweigen zu finden. Ausgenommen sind jedoch die Branchen, die keine Abzahlungsgeschäfte betreiben; dies sind - ausgehend von der bereits erörterten Begriffsbestimmung des Abzahlungsgeschäfts¹⁾ - jene Zweige, die sich nicht mit beweglichen Sachen als Geschäftsgegenstand befassen, z.B. das Versicherungswesen, die Verkehrswirtschaft und der Dienstleistungsbereich. Eine Sonderstellung nehmen die AGB der Banken ein. Zwar schließen sie rein begrifflich keine Abzahlungsgeschäfte im oben genannten Sinne, so daß auch ihre AGB grundsätzlich keine entsprechenden Klauseln enthalten. Durch die Einschaltung der Banken als Dritte in Abzahlungsgeschäfte sind aber Sonderfälle entstanden, die auch zum Teil in gesonderten AGB ihren Niederschlag gefunden haben; diese AGB enthalten dann auch das AbzG betreffende Klauseln. Aus diesem letzten Fall, nämlich den AGB des Bankgewerbes, ist aber schon zu entnehmen, daß es nicht möglich, aber auch nicht sinnvoll ist, den Bereich, in dem Abzahlungsklauseln vorkommen, scharf abzugrenzen. Die AGB werden meist entsprechend den spezifischen Bedürfnissen des einzelnen Aufstellers formuliert und weichen daher oft selbst da voneinander ab, wo besondere Verbandsbedingungen bestehen²⁾. In einigen Branchen sind Abzahlungsklauseln zwar häufiger anzutreffen, wie z.B. in der eisenverarbeitenden Industrie, im Maschinenbau, im Straßen- und Luftfahrzeugbau, im Metallwarengewerbe, in der chemischen und pharmazeutischen Industrie und in der Holzbe- und -verarbeitung. Doch ist die Verbreitung der Abzahlungsklauseln auch in diesen

1) B. I. 1)b)

2) Raiser S. 30

Wirtschaftszweigen nicht so stark, daß man sie als typisch für bestimmte Branchen ansehen könnte.

Insgesamt enthält überhaupt nur ein geringer Teil von AGB Klauseln, die sich auf das AbzG beziehen; dabei werden in den entsprechenden Klauseln nur die ersten fünf Paragraphen des AbzG berücksichtigt, da nur sie die eigentliche Regelung des Abzahlungsgeschäfts enthalten.

II. Problematik der Untersuchungen

Soweit die Klauseln auf das AbzG verweisen und seinen Inhalt genau wiedergeben, sind sie ohne weiteres gültig. Problematisch sind nur diejenigen, die von den Bestimmungen des AbzG zum Nachteil des Käufers abweichen. Die Frage, ob derartige Abänderungen gültig und möglich sind, stellt den Hauptpunkt der folgenden Untersuchungen dar. Dabei bereiten zwei Punkte besondere Schwierigkeiten:

Einmal lassen die Klauseln nicht erkennen, ob sie überhaupt Teilzahlungsgeschäfte regeln sollen, denn ihrem Sinn nach gelten sie ebenso bei einer Stundung des Kaufpreises und einem dann erfolgten Rücktritt des Verkäufers, so daß die Regeln des AbzG nicht eingreifen und auch nicht Untersuchungsmaßstab sein können. Zum anderen ist den AGB als abstrakt vorformulierten Inhalten späterer Einzelrechtsgeschäfte von Natur aus eigen, den späteren Geschäftspartner, eben den Käufer, nicht erkennen zu lassen. Das AbzG stellt aber als Kriterium für seine Anwendung auf diesen Geschäftspartner ab. Nur wenn er kein eingetragener Kaufmann ist, findet es Anwendung. Dies folgt aus § 8 AbzG, der festlegt, daß die Bestimmungen des AbzG nicht anzuwenden sind, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. In allen sonstigen Fällen greift das AbzG als zwingende Regelung ein, da nur so die Erreichung des Schutzzweckes des Gesetzes gewährleistet

wird^{1) 2)}.

Praktisch stehen daher die folgenden Untersuchungen unter einer doppelten Prämisse:

Der Aufsteller der AGB muß überhaupt Teilzahlungsgeschäfte abschließen, und Geschäftspartner bei einem solchen Geschäft darf kein eingetragener Kaufmann sein.

Hält man die AGB nur dann einer Wertung für zugänglich, wenn sie Teil eines abgeschlossenen Einzelrechtsgeschäfts geworden sind, so kann man im jeweiligen Einzelfall das Vorliegen dieser doppelten Voraussetzung ohne weiteres feststellen. Anschließend ist dann entsprechend den folgenden Untersuchungen³ die Gültigkeit des konkreten Geschäfts zu überprüfen.

Folgt man dagegen der Meinung, daß die AGB als solche schon einer Wertung zugänglich sind, ergibt sich ein weiteres Problem: Es fragt sich nämlich, welche Auswirkungen es hat, wenn die AGB gegen zwingende Vorschriften des AbzG verstoßen, gleichzeitig aber die Möglichkeit offen lassen, Geschäfte unter der oben erwähnten doppelten Prämisse abzuschließen. Geht man von der allgemeinen Voraussetzung aus, daß die AGB im Zweifel immer zuungunsten des Aufstellers auszulegen sind⁴⁾,

- 1) So im Ergebnis die allgem. Meinung: Aubele § 8 Anm. 4; Cr.-Ostler § 8 Anm. 10; Klaus § 8 Anm. 524; Pal.-Gramm AbzG § 8 Bem. 1; Schlegelb.-H. vor § 373 HGB S. 1673; Lechner § 8, 2; Erman-Weitn.-Klingsp. Vorbem. III A a cc; Ewald S. 35; vgl. auch BGH in NJW 55, 139/140
- 2) Damit soll nicht gesagt werden, daß die Lösung des Gesetzes als besonders treffend angesehen wird. Im Gegenteil ist § 8 AbzG mit Recht Ziel verschiedener Reformbestrebungen; vgl. Ewald AbzG S. 35 und 40; Antrag der SPD-Fraktion vom 20.1. 1954 auf Änderung des AbzG (Bundestagsdrucksache Nr. 197, 2. Wahlperiode)
- 3) Vgl. unter D.
- 4) Vgl. unter B. III. 2)a)

Ist es eine notwendige Folgerung, derartige Klauseln - wenn sie ihrem Wortlaut nach die Anwendung des AbzG zulassen und dagegen verstoßen - so anzusehen, als wäre die doppelte Prämisse erfüllt. Die Klauseln sind dann generell unwirksam.

D. Die konkrete Bewertung

I. Klauseln zu § 1 AbzG

1) Zweck und Sinn der gesetzlichen Regelung

Gegenüber den Vorschriften des BGB über Rückgewährschuldverhältnisse (§§ 346 ff. BGB) stellen die §§ 1 bis 3 AbzG eine Sonderregelung dar¹⁾. Es wird die Rückabwicklung eines durch den Rücktritt des Verkäufers aufgelösten Abzahlungskaufs geregelt.

In AGB werden als wichtigste Gründe für die Rücknahme oder den Rücktritt des Verkäufers genannt:

Nr. 1: "Erfüllt der Abnehmer seine Zahlungspflicht nicht, ..."

Nr. 2: "Nichteinhaltung der Zahlungsbedingungen oder Umstände, die uns nach dem jeweiligen Abschluß bekannt werden und die die Kreditwürdigkeit des Bestellers zu mindern geeignet sind, ..."

Nr. 3: "... wenn die vereinbarten Wechsel oder Schecks nicht rechtzeitig gegeben oder eingelöst werden, ferner bei Besitz-, Geschäfts- oder Firmenänderung oder Auflösung, außer durch Erbgang oder durch Erwerb mit Rücksicht auf Erbrechte, ferner bei sonstigen wesentlichen Änderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Bestellers, bei Zahlungseinstellung, Antrag auf Vergleich oder Konkurs und bei Zwangsvollstreckungen."

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 1

Nr. 4: "Muß ich wegen Zahlungsverzuges des Käufers Waren zurücknehmen, ..."

Nr. 5: "Bleibt die Nachfrist zur Zahlung ungenutzt, ..."

An erster Stelle steht bei den Rücktrittsmöglichkeiten also die Nichteinhaltung der Zahlungsbedingungen. Aber wie Beispiel Nr. 3 zeigt, können vielfältige andere Gründe vereinbart werden. Besonders häufig wird dabei noch die sich nachträglich herausstellende mangelnde Kreditwürdigkeit des Käufers genannt.

§ 1 AbzG stellt klar, daß beim Rücktritt von einem Abzahlungsgeschäft die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind und eine entgegenstehende Vereinbarung nichtig ist. Diese Vorschrift ist hauptsächlich dazu gedacht, die früher häufig bei Abzahlungsgeschäften übliche sogenannte "Verwirkungsklausel" zu vereiteln, die besagt, daß der Verkäufer nach dem Rücktritt vom Abzahlungsgeschäft die Sache zurückfordern kann, ohne zur Rückgewähr der vom Käufer erbrachten Leistung verpflichtet zu sein. Zweck des § 1 AbzG ist es also, den Schutz des Käufers - dem das gesamte AbzG dient - durch zwingende Vorschriften über das Rücktritts- oder Rückgewährverhältnis zu erreichen. Der zwingende Charakter des § 1 AbzG ergibt sich aus der in § 1 I 2 AbzG enthaltenen Nichtigkeitsdrohung für entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen, soweit diese dem Schutzzweck des Gesetzes zuwiderlaufen¹⁾.

2) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale

Bei einem Rücktritt des Verkäufers - nur dieser Fall ist von Bedeutung und im AbzG geregelt²⁾ - haben die Parteien einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Da nach § 5 AbzG

1) Cr.-Ostler § 1 Anm. 193

2) Cr.-Ostler § 1, 69; Erman-Weitn.-Klingsp. § 1 AbzG Anm. 4 a; Pal.-Gramm § 1 AbzG Anm. 5a; BGH LM § 6 AbzG Nr. 5

jede Wiederansichtnahme der Kaufsache durch den Verkäufer als Rücktritt anzusehen ist¹⁾, gelten auch in diesen Fällen die §§ 1-3 AbzG, ohne daß im Abzahlungsvertrag ausdrücklich von einem Rücktrittsrecht die Rede sein muß²⁾. Allerdings muß ein Recht zum Rücktritt entweder auf Grund Vertrages oder Gesetzes bestehen.

3) Die entsprechenden Klauseln in AGB

Diese nur skizzenhaften Ausführungen zu der gesetzlichen Regelung des § 1 AbzG sind insoweit berechtigt, als § 1 AbzG - von seiner Regelung in AGB her gesehen - kaum von Bedeutung ist. Dadurch, daß sich die Aufmerksamkeit von Gesetz und Rechtsprechung auf bestimmte, besonders krasse Auswirkungen nach sich ziehende Vereinbarungen konzentrierte, verschwanden derartige Abreden fast völlig. Da dadurch natürlich die Absichten der Verkäufer zur Benachteiligung der Käufer nicht beseitigt wurden, verlagerten sich die Benachteiligungen auf andere, nicht so offenkundige Vereinbarungen, die aber nicht nach § 1 AbzG zu beurteilen sind³⁾. Nur so ist es erklärlich, daß im Rahmen der vorliegenden Untersuchungen nur eine in erster Linie auf § 1 AbzG bezügliche Klausel gefunden wurde, die folgendermaßen lautet:

"Die geleisteten Zahlungen gelten als Entgelt für Gebrauchsüberlassung und Abnutzung und verfallen; falls ich durch die Zahlung für die Überlassung und Abnutzung der Maschinen etc. nicht gedeckt bin, behalte ich mir weitere Ansprüche vor."

1) Vgl. dazu unten D.V. 1)c)

2) Cr.-Ostler § 1 Anm. 75

3) Vgl. insbesondere D.II. 2)c)hh)

Diese Klausel verstößt gegen die Vorschriften des § 1 I 1 AbzG, die vorschreibt, daß die empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren sind. Nach § 1 I 2 AbzG ist daher diese Klausel als nichtig anzusehen¹⁾.

4) Zusammenfassung

Aus den bisherigen Erörterungen kann man folgende Schlüsse ziehen: § 1 AbzG nimmt abzahlungsrechtlich gesehen eine Schlüsselstellung ein. Da Verletzungen dieser zwingenden Vorschrift Nichtigkeit zur Folge haben, entsprechende Verstöße verhältnismäßig leicht feststellbar sind, insoweit in Lehre und Rechtsprechung keine Unklarheiten bestehen und vor allem entsprechende Klauseln auch in einem juristisch nicht vorgebildeten Käufer unter Umständen Zweifel zu erwecken geeignet sind, findet man gegen § 1 I 1 AbzG verstoßende und nach § 1 I 2 AbzG nichtige Klauseln in AGB kaum noch an. Allerdings können Klauseln, die nach anderen Vorschriften unwirksam sind, auch nach § 1 AbzG nichtig sein. Es wird dann auf § 1 AbzG verwiesen werden. Unmittelbar gegen § 1 I 1 AbzG verstoßende Klauseln sind jedoch heute aus den angegebenen Gründen kaum noch in AGB zu finden.

II. Klauseln zu § 2 AbzG

1) Inhalt und Zweck

a) § 2 AbzG regelt die Ansprüche, deren Erfüllung der Verkäufer neben der Rückgabe der Kaufsache verlangen kann. Es sind dies:

- 1) Vgl. dazu D.I. 1); ebenso Cr.-Ostler § 1 Anm. 196;
Klausß Anm. 34o

der Anspruch auf die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen;

der Ersatz für Beschädigungen der Sache, die durch Verschulden des Käufers oder durch einen sonstigen von ihm zu vertretenden Umstand verursacht sind;

die Vergütung des Wertes der Überlassung des Gebrauchs oder der Benutzung, wobei die inzwischen eingetretene Wertminderung der Sache zu berücksichtigen ist.

Es besteht kein selbständiger vierter Anspruch auf Ersatz der bei vertragsmäßigem Gebrauch eingetretenen Wertminderung. Die Wertminderung soll nur zur Ermittlung des Wertes der Gebrauchs- oder Benutzungsüberlassung mit herangezogen werden¹⁾.

Diese Ansprüche kann der Verkäufer einzeln oder zusammen geltend machen. Ihre obere Grenze kann jedoch nur das Erfüllungsinteresse des Verkäufers sein, da der Verkäufer aus der Vertragsauflösung keinen Gewinn erzielen soll²⁾. Diese Gedanken ergeben sich aus dem sozialpolitischen Zweck des AbzG, den Käufer vor dem sozial und wirtschaftlich stärkeren Verkäufer zu schützen. Es soll verhindert werden, daß der Verkäufer auch aus mißglückten Geschäften noch Nutzen zieht und der Käufer trotz großer Geldverluste im Endergebnis die Ware nicht erhält. Andererseits wäre es aber auch unsinnig, wenn der Verkäufer die gebrauchte Sache ohne Entschädigung zurücknehmen müßte. Daher will § 2 AbzG einen gerechten Ausgleich ermög-

1) So die h.M.: Flume JZ 1952, 420 f.; Cr.-Ostler § 2 Anm. 8; Klauß Anm. 217 a.E.; Rühl S. 275; BGHZ 19, 330 (334); vgl. auch Ewald AbzG S. 70/71

2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 2 und 10, ebenso Anm. 97; Kurtze JR 60, 38; RGZ 138, 28 (36); Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 4; a.A. Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 1 d

lichen. Er schränkt das Rückgewährprinzip des BGB zugunsten des Käufers ein, indem nur bei der Gebrauchsüberlassung Wertersatz gefordert werden kann, bei Nebenleistungen aber nur die reinen Kosten (= Aufwendungen) verlangt werden dürfen.

Andererseits werden die Rechte des Verkäufers durch den Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen "infolge des Vertrages" ausgeweitet. Es ist Ostler¹⁾ zuzustimmen, daß diese Erweiterung dadurch erklärt werden kann, daß das Gesetz auf den speziellen Fall eines Rücktritts wegen Nichterfüllung abstellt, obwohl § 2 AbzG nach allgemeiner Meinung für alle Fälle eines vom Verkäufer erklärten Rücktritts Anwendung findet. Ostler fordert aber mit Recht, daß man dann die Folgerung ziehen müsse, "daß dem Verkäufer ein über den Ersatz der Kosten vertraglicher Nebenleistungen hinausgehender Anspruch auf Aufwendungsersatz unter Umständen nach Treu und Glauben zu versagen sei, wenn die Gründe seines Rücktritts nur in seiner eigenen Person liegen und der Käufer durch keinen in seiner Person liegenden Umstand zum Rücktritt Anlaß gegeben hat."

§ 2 AbzG hat heute besondere Bedeutung erlangt. Gerade hier wird oft der Versuch zur Umgehung und zur Vereitelung des Schutzgedankens des Gesetzes gemacht. Durch hohe Aufwendungsansprüche, hohe Ansätze für Wertminderung und andere Posten der Überlassungsvergütung ergibt sich ungefähr die gleiche Wirkung wie bei der nach § 1 I 2 AbzG verbotenen Verwirkungsklausel. Diese Entwicklung wird noch begünstigt durch die Schwierigkeiten der Wertberechnung für die Überlassung. Die Vorschrift des § 2 AbzG, die eigentlich den Käufer vor Übervorteilung schützen sollte, wird praktisch in das Gegenteil verkehrt²⁾.

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 5

2) Über Reformvorschläge Ewald AbzG S. 50 ff.

Jedoch sind in der Berücksichtigung der konkreten Wertminderung bei der Benutzungsvergütung und durch § 2 II AbzG zwei Möglichkeiten gegeben, dennoch meist eine individuelle Anpassung der Vergütung zu erreichen. Allerdings ist diese Korrektur nur in Fällen möglich, in denen es zu einem gerichtlichen Verfahren kommt.

b) Die für den Käufer nachteilige Ausgestaltung der Verträge kann selbst durch die Vorschrift des § 2 I 3 AbzG nicht verhindert werden. Entsprechend dem bezweckten Erfolg des AbzG, den Abzahlungskäufer zu schützen, müssen die Vorschriften über das Rückgewährverhältnis zwingenden Charakter haben. Dieses soll durch die Nichtigkeitsdrohungen der §§ 1 I 2 und 2 I 3 AbzG erreicht werden. Nach § 2 I 3 AbzG sind alle vor dem Rücktritt für den Fall des Rücktritts abgeschlossenen vertraglichen Vereinbarungen nichtig, die die Rechtsstellung des Verkäufers über das gesetzlich zulässige Maß erweitern oder die Rechte des Käufers schmälern. Allerdings tritt die Nichtigkeit - dem Gesetzeszweck entsprechend - nur ein, wenn eine für den Käufer ungünstige Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen vorliegt¹⁾. Danach sind z.B. Vereinbarungen nichtig, durch die dem Käufer für andere als die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen eine Ersatzpflicht auferlegt wird²⁾. Auch Vereinbarungen über eine Ersatzpflicht für unverschuldete Beschädigungen oder bei zufälligem Untergang sind nichtig³⁾, ferner die vertragliche Festsetzung einer höheren als der gesetzlichen Überlassungsvergütung⁴⁾.

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 99; Rühl S. 276; Aubele § 2 Anm. 20; Klaus Anm. 225; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 7; Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 2; OLG München MDR 57, 358 (359)

2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 100

3) Cr.-Ostler § 2 Anm. 101; Benke BB 1948, 591

4) Cr.-Ostler § 2 Anm. 103; Rühl S. 276; Aubele § 2, 20; Lechner § 2 Anm. 4 b; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 7

Nicht ausgeschlossen sind Vereinbarungen, die dem Käufer nicht mehr als die gesetzlichen Pflichten auferlegen oder Abreden, die nicht die Vergütungsansprüche des Verkäufers im Falle des Rücktritts betreffen¹⁾. Da § 2 AbzG nur die Pflichten des Käufers im Rücktrittsfall regelt, verstößt auch nicht die Vereinbarung, die dem Verkäufer eine Entschädigung dafür zubilligt, daß er sein Rücktrittsrecht nicht ausübt, gegen § 2 I 3 AbzG; doch wird eine derartige Vereinbarung unter § 4 I AbzG fallen.

c) Die einzelnen Voraussetzungen der im § 2 I AbzG geregelten Ansprüche des Verkäufers sollen nun kurz dargestellt werden, um dann an Hand der einzelnen Klauseln konkrete Einordnungen vorzunehmen.

aa) Der Begriff der Aufwendungen ist weder im BGB noch im AbzG bestimmt. Nach allgemeiner Meinung sind Aufwendungen "die auf freiem Willen beruhenden Auslagen und sonstigen Aufopferungen von Vermögenswerten zur Erreichung eines bestimmten Zweckes"²⁾. Dieser Aufwendungsbegriff gilt auch für das AbzG³⁾.

Nur "infolge des Vertrages" gemachte Aufwendungen kann der Verkäufer ersetzt verlangen. Diese Grenzziehung der ersatzfähigen Aufwendungen hat sich als zu grob erwiesen. Einerseits ist der Wortlaut zu weit. Die Aufwendung darf man nicht

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 104

2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 15; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 2a; Pal.-Danckelmann § 256 Anm. 1; RGZ 75, 208 (212/213); 122, 298 (303)

3) Klauß Anm. 160; Aubele § 2 Anm. 4; Cr.-Ostler § 2 Anm. 15

als reine Vermögensminderung betrachten; vielmehr ist sie entsprechend der vorgenommenen Definition "Vermögensaufopferung zur Erreichung eines bestimmten Zweckes". Das Merkmal der Ursächlichkeit (die *conditio sine qua non*) genügt daher zur Abgrenzung nicht. Der Aufwendungsersatz muß darüber hinaus auch durch den Aufwendungszweck gerechtfertigt sein¹⁾. Die Ersatzpflicht ist unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Aufwendung zu beschränken²⁾.

Nach verständiger Gesetzesauslegung darf dann kein Ersatz für Aufwendungen verlangt werden, wenn der Wert der Aufwendung in der zurückzugebenden Kaufsache steckt oder in dem Schadenersatz wegen Beschädigung oder in der Überlassungsvergütung (Berücksichtigung der Wertminderung) enthalten ist. Schließlich ist der Anspruch auf Aufwendungsersatz nur dann berechtigt, wenn der Käufer durch einen in seiner Person liegenden Umstand (z.B. Nichterfüllung, Kreditunwürdigkeit) dem Verkäufer zum Rücktritt Anlaß gegeben hat³⁾. Andererseits wird durch die Gesetzesfassung "infolge des Vertrages" nicht klargestellt, daß auch sogenannte "Vertragskosten" ersetzt werden sollen. Insoweit ist die Gesetzesformulierung zu eng⁴⁾. Das Merkmal "infolge des Vertrages" ist nicht streng wörtlich auszulegen. Nicht nur die durch den abgeschlossenen Abzahlungskaufvertrag verursachten Kosten, sondern auch solche zum Zwecke des Vertragsschlusses in der von den Parteien vereinbarten Art und Weise werden erfaßt. Vertragskosten sind daher zu ersetzen, während Ausgaben vor Vertragsschluß nicht unter § 2 AbzG fallen.

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 24

2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 25

3) Cr.-Ostler § 2 Anm. 18

4) Cr.-Ostler § 2 Anm. 19

bb) Der Begriff der Beschädigung umfaßt nicht die durch vertragsmäßigen Gebrauch verursachte Abnutzung. Diese findet bei der Überlassungsvergütung Berücksichtigung. Beschädigung kann nur die Verschlechterung infolge nicht vertragsgemäßen Gebrauchs oder völliger Untergang der Sache sein¹⁾. Aber auch die aus anderen Gründen verursachte Unmöglichkeit der Rückgabe oder die Belastung der Sache mit einem Recht werden einer Beschädigung gleichgesetzt²⁾. Voraussetzung der Ersatzpflicht sind eine adaequate Verursachung des Schadens durch den Käufer und ein schuldhaftes Verhalten auf seiner Seite. Aber auch ein Schaden, der durch einen sonstigen vom Käufer zu vertretenden Umstand herbeigeführt wurde, ist zu ersetzen, z.B. Beschädigung durch Erfüllungsgehilfen des Käufers. Die Art und der Umfang der Ersatzpflicht richten sich nach §§ 249 ff. BGB³⁾. Auch Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB und Herausgabe des Ersatzgegenstandes oder Abtretung des Ersatzanspruches nach § 281 BGB können verlangt werden⁴⁾. Für zufällige Beschädigung oder zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe haftet der Käufer nicht⁵⁾.

- 1) Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 b aa; Cr.-Ostler § 2 Anm. 55; Rühl S. 272; Klaus Anm. 185; Lechner § 2 Anm. 3 a; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 4 a; Aubele § 2 Anm. 8; Hausmann S. 44; Samter S. 42; Hörle Gruch. 55, 202
- 2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 55; Pal.-Gramm § 2 Anm. 3 b aa zum AbzG; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 4 a; Klaus Anm. 186; Lechner § 2 Anm. 3 a; Lazarus S. 90; Aubele § 2 Anm. 8
- 3) Klaus Anm. 192; Aubele § 2 Anm. 13; Cr.-Ostler § 2 Anm. 61; Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 b cc; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 4 c
- 4) Cr.-Ostler § 2 Anm. 63; Klaus Anm. 190, 194; Aubele § 2 Anm. 13; Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 b cc; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 4 c,d
- 5) Cr.-Ostler § 2 Anm. 64; Hörle Gruch. 55, 202

cc) Bei der Überlassungsvergütung kommt es nach allgemeiner Meinung nicht darauf an, ob sich die Überlassung zum Gebrauch oder zur Benutzung im Einzelfall als besondere vertragliche Leistung darstellt. Es ist also unerheblich, ob die Sache unter Eigentumsvorbehalt übergeben oder voll wirksam übereignet wurde¹⁾. Unter Gebrauch oder Benutzung ist dabei jeglicher Genuß von Sachnutzungen im Sinne des § 100 BGB zu verstehen²⁾. Die Vergütung für die Überlassung der Sache richtet sich nicht nach dem Umfang der tatsächlichen Nutzung der Sache durch den Käufer, sondern nach dem in der Möglichkeit der Ausnutzung der Sache liegenden Vermögenswert³⁾. Dabei ist der objektive Wert dieser Benutzung maßgebend⁴⁾.

Bei der Überlassungsvergütung ist jedoch auch die eingetretene Wertminderung zu berücksichtigen. Unter Wertminderung ist dabei der durch Abnutzung bei vertragsmäßigem Gebrauch oder der durch Verlust der Neuheit bei Ingebrauchnahme eintretende Minderwert⁵⁾. Die Wertminderung bildet also im konkreten Fall ein Korrektiv des ermittelten objektiven Wertes der Benutzungsüberlassung⁶⁾.

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 66

2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 68; Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 c bb; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 5 b; Samter S. 43; Klaus Anm. 198; Paul S. 57

3) Cr.-Ostler § 2 Anm. 72; RGZ 169, 140 (143)

4) Cr.-Ostler § 2 Anm. 72; Aubele § 2 Anm. 1; RGZ 138, 28 ff. (32); 147, 344 (350); OLG Nürnberg JW 1934, 2716 (2717)

5) BGHZ 5, 373 (376); RGZ 138, 28 (34); 147, 344 (352/353); 169, 140 (143/144); Cr.-Ostler § 2 Anm. 90

6) Cr.-Ostler Anm. 73 zu § 2

dd) Diese kurze Skizzierung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 2 AbzG reicht als Ausgangspunkt der nun folgenden Untersuchungen aus. Einzelabgrenzungen werden bei der Untersuchung der Klauseln vorgenommen, da sie nur dort von Interesse sind.

d) Schließlich ist zu klären, ob sich die Regelung des § 2 AbzG nur auf die Zeit bis zur Erklärung des Rücktritts bezieht, während für die spätere Zeit die allgemeinen Rücktrittsvorschriften des BGB gelten sollen. Die überwiegende Meinung¹⁾ nimmt dies an, während Weitnauer und Klingsporn²⁾ diese Meinung ablehnen. Sie begründen ihre Ansicht damit, daß §§ 1/2 AbzG zwar inhaltlich eine Sonderregelung gegenüber den §§ 346/347 BGB darstellen, nicht aber in ihrem zeitlichen Anwendungsbereich. Ferner führen sie an, daß sich aus § 2 I 3 AbzG nichts Gegenteiliges entnehmen lasse. Vielmehr solle nur klargestellt werden, daß nach erfolgtem Rücktritt auch eine von AbzG abweichende Vereinbarung möglich sei. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Aus dem Wortlaut des § 2 AbzG läßt sich nichts dafür entnehmen, daß die Regelung des § 2 I AbzG nur bis zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung gelten soll. Eine derartige Einschränkung ist willkürlich. Aus dem Wortlaut des § 2 I AbzG ist vielmehr zu entnehmen, daß bei der Rückabwicklung grundsätzlich § 2 AbzG Geltung haben soll. Für die Zeit bis zur Erklärung des Rücktritts ist diese Vorschrift nach § 2 I 3 AbzG zwingend, für die folgende Zeit dispositiv. Diese Ansicht ist auch vom Sinn und Zweck des AbzG her durchaus haltbar. Zwar erklärt Ostler³⁾, der Schutz

1) Klausß Anm. 230; Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 1; Aubele § 2 Anm. 2; Cr.-Ostler § 2 Anm. 6, 108 ff.; Hörle Gruch. 55, 198

2) In Erman § 2 AbzG Anm. 1 c

3) Cr.-Ostler § 2 Anm. 6

des Käufers sei nur bis zum Zeitpunkt des Rücktritts erforderlich. Dies ist zuzugeben. Jedoch ist daraus nicht zu folgern, daß nunmehr die allgemeinen Vorschriften gelten. Vielmehr ist aus dem Charakter des Abzahlungsgeschäftes zu entnehmen, daß auch nach dem Rücktritt grundsätzlich der Käufer bevorzugt werden soll. Da jedoch nun ein auf den Käufer ausgeübter Zwang nicht mehr in dem Maße zu befürchten ist, konnte der Vorschrift der zwingende Charakter genommen werden. Diese Ansicht trägt auch den praktischen Gegebenheiten Rechnung. Es wäre sicher nicht ökonomisch, grundsätzlich noch zu differenzieren zwischen der Zeit bis zum Rücktritt und vom Rücktritt bis zur Rückgabe. Dem wird Rechnung getragen, indem auch diejenigen, welche die h.M. vertreten, z.B. die Wertminderung bis zum Zeitpunkt der Rückgabe berechnen¹⁾. Aus der hier vertretenen Meinung allerdings folgt diese Konsequenz notwendigerweise. Die nach § 2 I 1 und 2 AbzG zu berücksichtigende Wertminderung ergibt sich aus dem Wertunterschied zwischen dem Zeitpunkt der Übergabe und dem der Rückgabe der Sache²⁾, nicht wie Ostler³⁾ - nach seiner Ansicht allerdings folgerichtig - meint, aus dem Wertunterschied zwischen Übergabe und Zugang der Rücktrittserklärung.

2) Die einzelnen Klauseln in AGB

a) Gerade der Bereich der Aufwendungen ist oft Gegenstand der Regelung in AGB. Die Klauseln reichen von dem einfachen Hinweis, daß Aufwendungen zu ersetzen sind, bis zu speziell aufgegliederten Einzelpunkten.

- 1) Klauß Anm. 204 f.; Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 c, cc 2
- 2) So auch Klauß und Pal.-Gramm a.a.O.; ferner Erman-Weithn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 1 c; Asch DRiZ 1933, 290; RGZ 138, 28 (35); BGHZ 19, 330 (336)
- 3) Cr.-Ostler § 2 Anm. 91; ferner auch Lechner § 2 Anm. 4d und Samter S. 46, 52/53

aa) Unter diesen Klauseln sind als einfachster Fall die anzusehen, die den Gesetzeswortlaut wiederholen bzw. auf ihn hinweisen, wie z.B. folgende Klauseln:

- Nr. 1: "Der Verkäufer darf sich auf die gezahlten Raten die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen sowie ... anrechnen."
- Nr. 2: "Daneben kann er nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen Ersatz für seine Aufwendungen sowie für ... verlangen."

Derartige Klauseln sehen als Kriterium für die Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen das AbzG an. Nur bei der konkreten Berechnung im Einzelfall läßt sich feststellen, ob die nunmehr geltend gemachten Aufwendungen sich im Rahmen des § 2 I 1 AbzG halten. Die AGB-Klauseln als solche sind jedoch gültig.

bb) Nicht derart einfach ist die Frage der Zulässigkeit bei den Klauseln feststellbar, die etwa folgendermaßen lauten:

- Nr. 1: "Nehmen wir die Waren aus Gründen, die der Kunde zu vertreten hat, zurück, haben wir Anspruch auf Erstattung ..., aufgewandter Kosten und ..."
- Nr. 2: "Alle auf Grund der Bestellung gemachten Aufwendungen (wie Transportkosten u.a.) sind dem Verkäufer außer- dem zu erstatten."
- Nr. 3: "Muß ich wegen Zahlungsverzuges des Käufers Waren zurücknehmen, so behalte ich mir vor, Forderungen für... Aufwendungen geltend zu machen."
- Nr. 4: "Im Falle des Rücktritts vom Kaufvertrag kann der Verkäufer folgende Ansprüche geltend machen: a) Besondere Aufwendungen, wie Transportkosten u.a., sowie ..."
- Nr. 5: "Wir behalten uns das Recht vor, im Falle des Verzuges des Käufers vom Vertrage zurückzutreten und Ersatz-

ansprüche für Aufwendungen ...usw. geltend zu machen".

Nr. 6: "... kann davon aber den Betrag für die infolge der Vereinbarungen gemachten Aufwendungen, wie Hin- und Rücktransport ... usw. in Abzug bringen."

Nr. 7: "... und Rückgabe der Maschinen sowie Ersatz aller erwachsenen Kosten ... verlangen."

Diese Klauseln sprechen ebenso wie § 2 AbzG von "Aufwendungen". Sie gebrauchen also auch eine allgemeine, ausfüllungsbedürftige Formulierung. Doch enthalten sie nicht die in § 2 AbzG vorhandene Einschränkung "infolge des Vertrages". Ob dies nur eine nicht ins Gewicht fallende Abänderung gegenüber dem Gesetzestext ist, trotz abweichenden Textes aber nur die im Gesetz vorgesehenen Aufwendungen gewollt werden oder ob diese Abweichung eine wirkliche über § 2 I 1 AbzG hinausgehende Vereinbarung darstellt, die nach § 2 I 3 AbzG nichtig ist, kann nicht ohne weiteres beantwortet werden. Für die Gültigkeit der Klauseln spricht der Gedanke, daß man nicht am Wortlaut haften, sondern auch andere Umstände berücksichtigen soll. Da die AGB meist von Juristen ausgearbeitet werden, denen die gesetzlichen Bestimmungen bekannt sind, könnte man derartige Formulierungen als kleine sprachliche Ungenauigkeiten ansehen, und zwar mit der Behauptung, die Aufsteller der AGB hätten selbstverständlich nur Aufwendungen im gesetzlichen Sinne gemeint, sich jedoch ungeschickt ausgedrückt. Dieses Argument wäre jedoch zu oberflächlich. Vielmehr ist gerade daraus, daß der Aufsteller die gesetzlichen Bestimmungen kennt, zu entnehmen, daß er bewußt eine über § 2 AbzG hinausgehende Klausel aufgestellt hat, die ihm besondere Vorteile gewähren soll. Das Merkmal "infolge des Vertrages" bildet eine wichtige Schranke des § 2 I 1 AbzG, ohne die der Aufwendersatz zur Aufweichung der Regelung des § 2 AbzG führen würde. Wenn daher diese Einschränkung in den AGB-Klauseln fortgelassen wird, bedeutet dies eine unzulässige Ausweitung über § 2 AbzG hinaus. Diese Argumentation wird unterstützt

durch die Regel, daß unklare AGB zu Lasten des Aufstellers auszulegen sind. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß die Aufsteller diese weite Formulierung auch gewollt haben. Klauseln, die allgemein von Aufwendungen sprechen, sind daher als unzulässige Vereinbarungen höherer als gesetzlich zulässiger Aufwendungen anzusehen und daher nach § 2 I 3 AbzG nichtig.

cc) Eine besonders auffällige Klausel ist gesondert zu erwähnen. Sie lautet folgendermaßen:

"Der Lieferer ist bei der Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts berechtigt, außer den nachgewiesenen Aufwendungen eine zusätzliche Unkostenpauschale von 10 % des Verkaufspreises zu berechnen."

Diese Klausel enthält einmal den bereits erörterten Fall, daß Ersatz der Aufwendungen ohne die gesetzlichen Schranken verlangt wird. Insoweit ist die Klausel also unzulässig. Daneben wird jedoch noch eine Unkostenpauschale verlangt. Grundgedanke der gesetzlichen Vorschrift ist, daß nur die tatsächlich im Einzelfall entstandenen Kosten zu erstatten sind, da weitere Vorteile für den Verkäufer nicht entstehen sollen. Daher verstößt auch dieser Teil der Klausel gegen § 2 I 1 AbzG. Es sind nur die nachgewiesenen und infolge des konkreten Vertrages entstandenen Aufwendungen zu ersetzen. Die Festsetzung einer Unkostenpauschale ist also insofern¹⁾ unzulässig und nach § 2 I 3 AbzG nichtig.

1) Allerdings liegt der Gedanke nahe, diese Unkostenpauschale nicht als Aufwendungsersatz anzusehen, sondern als Benutzungsvergütung. Ob eine solche Umdeutung möglich ist, erscheint fraglich. Selbst wenn man dies jedoch annimmt, ergibt sich die weitere Frage, ob eine derartige Benutzungsvergütungspauschale zulässig ist - vgl. unten D.II. 2)c) ee) -.

dd) Besonders häufig sind ferner Klauseln folgender Art:

- Nr. 1: "Erfüllt der Abnehmer seine Zahlungspflicht nicht, so ... sind Mehrfrachten, Versand- und sonstige Spesen ... zu ersetzen."
- Nr. 2: "Darüberhinaus ist der Besteller in derartigen Fällen für die bereits geleisteten Montagekosten sowie entstehende Demontagekosten schadenersatzpflichtig."
- Nr. 3: "Im Falle des Rücktritts vom Kaufvertrag kann der Verkäufer folgende Ansprüche geltend machen: a) Besondere Aufwendungen, wie Transportkosten u.a., sowie ..."
- Nr. 4: "Durch Rücknahme entstehende Lager-, Transport- und sonstige Kosten gehen zu Lasten des Käufers."
- Nr. 5: "... kann davon aber den Betrag für die infolge der Vereinbarungen gemachten Aufwendungen, wie Hin- und Rücktransport, ... in Abzug bringen."
- Nr. 6: "... und Ersatz für die von dem Verkäufer aus Anlaß des Vertrages gemachten Aufwendungen für Frachtkosten und Erstattungsspesen zu leisten."
- Nr. 7: "... und die Verkäufer können Entschädigungen für ... Transport, Montage und ... verlangen."

Derartige Klauseln enthalten hauptsächlich Regelungen der Transport-, Versand-, Aufstellungs- und Montagekosten. Sie können zusammengefaßt werden, da sie praktisch alle mit dem Transport zum Käufer in Zusammenhang stehen¹⁾. Derartige Kosten gehören grundsätzlich zu den ersatzfähigen Aufwendungen, dies ist überwiegende Meinung²⁾. Dagegen hält Ewald³⁾ derarti-

1) Vgl. § 448 BGB, der auch diese Zusammengehörigkeit erkennen läßt. Ebenso Asch, Gruch. 73, 7

2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 30/31/32; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 3 1, n; Pali-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 a bb; Klausß § 2 Anm. 162, 166; Paul S. 50

3) Ewald AbzG S. 52

ge Kosten nicht für erstattungspflichtig, da sie ein Teil der allgemeinen Geschäftsunkosten seien und daher nicht zur Erfüllung gerade dieses Kaufvertrages aufgewendet würden. An dieser Argumentation ist richtig, daß nur die tatsächlich gerade für den bestimmten Einzelfall entstandenen Kosten zu ersetzen sind, die nicht auch ohne Abschluß dieses Vertrages entstanden wären. Unrichtig ist jedoch der Gedanke, die Transport- oder Aufstellungskosten etc. seien als "allgemeine Geschäftsunkosten" nicht zu ersetzen. Das AbzG will einen gerechten Interessenausgleich. Dieser erfordert, daß dem Verkäufer die durch den Einzelfall konkret erwachsenen Kosten - d.h. nur die reinen Kosten und nicht etwa eine Leistungsvergütung - zu ersetzen sind¹⁾. Dementsprechend ist es gleichgültig, ob der Verkäufer den Transport mit eigenen oder fremden Mitteln ausführt. Entscheidend ist, ob für diesen Einzelfall Sonderkosten, die ohne Abschluß des Vertrages nicht entstanden wären, entstanden sind²⁾. Insofern kann der Meinung von Klauß³⁾ u.a. nicht gefolgt werden, die bei Transport mit eigenen Mitteln die Ersatzfähigkeit ablehnen. Zwar sind z.B. die allgemeinen Lohnkosten eigener Leute bei der Aufstellung von Sachen nicht zu zahlen, ebenso nicht ein Anteil von Kfz.-Steuer und -Versicherung bei eigenen Kraftfahrzeugen; wohl aber besondere Spesen, die der Verkäufer seinen Leuten bei diesem Auftrag über den normalen Lohn hinaus zahlen mußte, auch die Benzinkosten und die durch die Abnutzung entstandenen Kosten. Zu beachten bleibt außerdem, daß Aufwendungen, die in der konkreten Festsetzung der Überlassungsvergütung enthalten sind, unberücksichtigt bleiben, um einen Doppelersatz - der

- 1) Ebenso geht die Argumentation von Asch Gruch. 73, 7/8, fehl, der für einen Ersatz der Transportkosten zum Verkehrswert eintritt.
- 2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 31; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 3 1; Rühl S. 273 Fußnote 3
- 3) Klauß Anm. 162; ebenso Lechner § 2 Anm. 2 b; Samter S. 37

nicht im Sinne des Gesetzes liegt - zu vermeiden¹⁾.

Allen bisherigen Abgrenzungskriterien ist gemeinsam, daß sie von Lehre und Rechtsprechung unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des AbzG zur genauen Bestimmung der Aufwendungen im Einzelfall entwickelt wurden. Dem Gesetz selbst sind sie nicht unmittelbar zu entnehmen, da der gesetzliche Begriff der "Aufwendungen infolge des Vertrages" insoweit noch ausfüllungsbedürftig ist. Wenn in den Klauseln Ersatzleistungen für Transport- und ähnliche Kosten vorgesehen sind, liegt dies aber noch im Rahmen der gesetzlichen Bestimmung, da derartige Kosten, wie festgestellt wurde, grundsätzlich als Aufwendungen im Sinne des § 2 AbzG erstattungsfähig sind. Ob die in Rechnung gestellten Kosten allerdings durch diesen bestimmten Vertrag konkret verursacht wurden, ist Tatfrage und kann nur im Einzelfall entschieden werden. Die Gültigkeit der abstrakten Klauseln wird dadurch aber nicht berührt, da die gewählten abstrakten Begriffe und Formulierungen im Rahmen des weiteren gesetzlichen Begriffs der "Aufwendungen infolge des Vertrages" bleiben.

ee) Häufig wird auch die Zahlung der Rücktransportkosten verlangt. Als Beispiel für derartige Klauseln seien einige besonders typische Klauseln aus dem Bereich der Eisen- und Metallerzeugung angeführt:

Nr. 1: "... unbeschadet des Rechts auf Rücknahme der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware auf Kosten des Bestellers."

1) Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 2 f zum AbzG;
Cr.-Ostler § 2 Anm. 26

- Nr. 2: "Der Lieferer ist in diesen Fällen auch berechtigt, die Maschine auf Kosten des Bestellers zurückzunehmen ..."
- Nr. 3: "Bei Fortnahme des Liefergegenstandes gehen alle Kosten zu Lasten des Bestellers."
- Nr. 4: "Alle durch die Wiederinbesitznahme des Liefergegenstandes und dessen Verwertung entstehende Kosten trägt der Käufer."
- Nr. 5: "Alle durch die Rücknahme des Kaufgegenstandes entstandenen Kosten trägt der Besteller."
- Nr. 6: "Die durch die Rücknahme des Vertragsgegenstandes entstehenden Kosten trägt der Käufer."
- Nr. 7: "... sowie alle Unkosten etwaiger Standortveränderungen der Objekte zu ersetzen."

Liest man diese Klauseln, so taucht als erstes die Frage auf, welche Kosten sind dann mit der Formulierung "die Kosten der Rücknahme" gemeint. Welche Arten von Kosten gemeint sind, lassen folgende Beispiele erkennen:

- Nr. 8: "Fordern wir die Ware auf Grund des Eigentumsvorbehalts zurück, so ist der Käufer zur kostenfreien Rückgabe verpflichtet ..."
- Nr. 9: "Sofern wird die Ware auf Grund der Eigentumsvorbehaltsklausel zurücknehmen, ist der Käufer zur spesenfreien frankierten Rückgabe verpflichtet."
- Nr. 10: "Im Falle des Rücktritts des Verkäufers hat der Käufer die Ware unverzüglich auf seine Kosten zurückzusenden ..."

Man kann daher zu der Folgerung kommen, daß in erster Linie als Rücknahmekosten die Rücktransportkosten gemeint sind. Jedoch wird die Formulierung deshalb so allgemein gehalten, um im Bedarfsfalle auch andere evtl. anfallende Kosten zu er-

fassen. In der Tat stellen die Rücktransportkosten die wichtigste Aufwendung infolge des Rücktritts dar. Dies wird besonders deutlich in folgenden Klauseln:

Nr. 11: "Evtl. Kosten für Rücktransporte trägt der Besteller."

Nr. 12: "Durch Rücknahme entstehende Lager-, Transport- und sonstige Kosten gehen zu Lasten des Käufers."

Nr. 13: "... kann davon aber den Betrag für die infolge der Vereinbarungen gemachten Aufwendungen, wie Hin- und Rücktransport, ... in Abzug bringen."

Ist es nun zulässig, derartige Rücktransportkosten dem Käufer aufzubürden? Dies ist dann der Fall, wenn der Begriff der "Aufwendungen infolge des Vertrages" in § 2 AbzG auch die Rücktransportkosten umfaßt. Andernfalls ist eine derartige Bestimmung nach § 2 I 3 AbzG nichtig.

Die Frage, ob die Rücktransportkosten dem Käufer auferlegt werden können, wird nicht einheitlich beantwortet. Für den Ersatz der Rücktransportkosten treten in neuerer Zeit ein Klaus¹⁾, Gramm²⁾, Aubele³⁾, Paul⁴⁾ und Weitnauer-Klingsporn^{5) 6)}. Gegen den Ersatz der Kosten sind Ostler u.a.⁷⁾. Für die letztere Ansicht wird vorgetragen, daß es sich nicht um Aufwendungen "infolge des Vertrages", sondern nur um Aufwendungen "infolge des Rücktritts" handele. Diese begriffliche Unterscheidung verkennt, daß auch die Aufhebung des Vertrages in

1) Klaus Anm. 163, obwohl in sich widersprüchlich.

2) Pal.- § 2 AbzG Anm. 3 a bb

3) Aubele § 2 Anm. 4

4) Paul S. 51/52

5) In Erman § 2 AbzG Anm. 3 1

6) Vgl. ferner: Asch Gruch. 73, 12; OLG Jena Recht 1913 Nr. 569 = Seuff. Archiv 68, 94/95; Hausmann S. 44; Lechner § 2 Anm. 5

7) Cr.-Ostler § 2 Anm. 48; Ewald AbzG S. 51; KG JW 34, 1735; AG Hamburg, Hans. GZ 1930 Abteilung B S. 623; Hörle Gruch. 55, 201; Samter S. 37; Lazarus S. 88

ursächlichem Zusammenhang mit dem Vertragsschluß steht¹⁾; denn ohne den vorherigen Abschluß des Vertrages wären auch die erst infolge seiner Aufhebung entstandenen Aufwendungen nicht erwachsen, sie sind also "infolge des Vertrages" entstanden²⁾. Allerdings wäre der Lösung von Ostler³⁾ zuzustimmen, falls man davon ausgeht, daß vom Zeitpunkt des Rücktritts an nicht § 2 AbzG, sondern die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts anzuwenden sind. Danach hat der Verkäufer die Kosten der Rücknahme und des Rücktransports zu tragen, da nach h.M. beim Rücktritt der Erfüllungsort für die Pflicht zur Sachrückgewähr dort ist, wo sich die Sache dem Vertrage entsprechend befindet. Diese Lösung Ostlers hat zwar den Vorteil, den Schutz des Käufers zu erreichen, der ja Zweck des AbzG ist. Andererseits wurde aber schon hervorgehoben, daß Leitgedanke des § 2 AbzG der gerechte Interessenausgleich ist. Dem Verkäufer sollen danach alle die Aufwendungen ersetzt werden, die er infolge des Vertrages gemacht hat. Die Rücktransportkosten stehen aber im adaequaten Zusammenhang mit dem Vertragsschluß. Sie fallen daher unter die Aufwendungen im Sinne des § 2 I 1 AbzG. Sie sind daher vom Käufer zu tragen. Dieses Ergebnis wird gestützt von der Tatsache, daß normalerweise, wie sich aus den oben aufgeführten Klauseln ergibt, die Rücknahme oder der Rücktritt des Verkäufers nur erfolgt, wenn der Käufer sich vertragswidrig verhält, insbesondere die Raten nicht zahlt. Demgegenüber kann das Argument, durch derartige Rechnungsposten werde der letzte Rest des vom Verkäufer zurückzuzahlenden Kaufpreises aufgezehrt⁴⁾, nicht durchschlagen. Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten:

1) Asch Gruch. 73, 12; Cr.-Ostler § 2 Anm. 48

2) Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 3 1

3) Cr.-Ostler § 2 Anm. 48

4) Ewald AbzG S. 52

Die infolge des Rücktritts entstehenden Kosten, insbesondere die Rücktransportkosten, stellen Aufwendungen im Sinne des § 2 I 1 AbzG dar. Die entsprechenden Klauseln in AGB, wie sie oben beispielhaft aufgezählt wurden, sind daher grundsätzlich zulässig.

Jedoch bildet Klausel Nr. 7 eine Ausnahme. Sie will alle Unkosten etwaiger Standortveränderungen der Objekte dem Käufer auferlegen. Danach hat dieser z.B. auch die Transportkosten zu tragen, die dem Verkäufer nach erfolgtem Rücktritt bei einem Verkauf der Abzahlungssache an einen Dritten entstehen. Eine derartig weitgehende Erstattungspflicht des Käufers ist aber nicht zulässig. Der Verkäufer wird von dem neuen Käufer die Transportkosten ersetzt erhalten oder sie werden in dem Kaufpreis enthalten sein. Wenn daher die Klausel die Möglichkeit offen läßt, daß der Verkäufer diese Kosten auch vom Abzahlungskäufer verlangen kann, so daß er praktisch doppelten Ersatz bekommt, so ist diese Formulierung zu weitgehend. Derartige Kosten sind nicht mehr als Aufwendungen infolge des Vertrages anzusehen¹⁾. Entsprechend ist daher diese Klausel als zu weitgehend nichtig, obwohl Rücktransportkosten als Aufwendungen grundsätzlich erstattungsfähig sind.

ff) Die Transport- und Rücktransportkosten werden in AGB-Klauseln verhältnismäßig oft erwähnt. Andere Arten von Aufwendungen werden nur gelegentlich gesondert angeführt. So ist folgende Klausel anzutreffen:

"Bei Rücktritt hat der Besteller uns ... alle Unkosten unserer Vermögenssicherungsmaßnahmen zu ersetzen."

Solche "Vermögenssicherungsmaßnahmen" können weder als Überlassungsvergütung noch als Ersatz für Beschädigungen eingestuft

1) Vgl. zu dieser Frage auch D.II. 2)a)11)

werden. Sie können daher höchstens als Aufwendungen ersetzt werden. Unklarheit besteht schon darüber, was unter Vermögenssicherungsmaßnahmen verstanden werden soll. Man wird diesen Begriff nach allgemeinen Gesichtspunkten auszulegen haben, so daß darunter alle die Maßnahmen zu verstehen sind, die notwendig sind, um zu verhüten, daß das einzelne Geschäft zu einem Verlust für den Verkäufer wird.

Dazu sind wohl neben den bereits gesondert erwähnten Transport-, Versand-, Aufstellungs-, Montage- und Rücktransportkosten¹⁾ zu rechnen: Auskunfts- und Ermittlungskosten, Inkassokosten, Interventionskosten, Mahnkosten, Prozeß- und Zwangsvollstreckungskosten sowie Versicherungskosten. Inwieweit derartige Kosten als Aufwendungen nach § 2 I 1 AbzG zu ersetzen sind, ist im Einzelfall streitig. Es soll hier nur ein kurzer Überblick gegeben werden, was für die Beurteilung der Klausel ausreichend ist²⁾.

Die Kosten für Auskünfte und Ermittlungen, die vor Abschluß des Vertrages angestellt wurden, sind nicht infolge des Vertrages erwachsen, also auch nicht erstattungsfähig. Anders verhält es sich bei nach Vertragsschluß notwendig werdenden Auskünften: diese sind zu ersetzen³⁾.

Inkassokosten sind erstattungsfähig, soweit sie tatsächlich für den konkreten Einzelfall entstanden sind, aber nicht, soweit sie zu den allgemeinen Unkosten gehören. Ferner nur dann, wenn der Verkäufer die Einziehung den Umständen nach für

1) siehe oben D.II. 2)a)dd) und ee)

2) Vgl. die ausführlichen Anmerkungen bei Cr.-Ostler § 2 Anm. 27 ff.; ebenso Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 3

3) Cr.-Ostler § 2 Anm. 46/47; Klauß Anm. 178/179; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 3 a

erforderlich halten durfte, falls die Einziehung durch den Verkäufer nicht vereinbart war¹⁾.

Interventionskosten sind nur bei erfolgreicher Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung eines Dritten in die unter Eigentumsvorbehalt übergebene Kaufsache (§ 771 ZPO) erstattungsfähig, und zwar nur, soweit sie von dem unterlegenen Beklagten zu tragen sind, aber nicht beigetrieben werden können²⁾.

Mahnkosten sind erstattungsfähig. Allerdings ebenfalls nur dann, wenn es sich um tatsächlich entstandene Auslagen handelt, die nicht als allgemeine Geschäftsunkosten anzusehen sind³⁾.

Die Kosten eines Rechtsstreits gegen den Abzahlungskäufer auf Kaufpreiszahlung, in dem der Verkäufer obsiegt hat, sowie die Kosten der Zwangsvollstreckung wegen des Kaufpreises, sind nach h.M. ebenfalls erstattungsfähige Aufwendungen⁴⁾.

-
- 1) Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 3 d; Cr.-Ostler § 2 Anm. 35 ff.; Klauß Anm. 167/168; Aubele § 2 Anm. 4; LG Bonn MDR 55, 415; vgl. auch Paul S. 51; a.A. nur Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 a bb, der tatsächlich entstandene Inkassokosten stets für erstattungsfähig hält.
 - 2) Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 3 f.; Cr.-Ostler § 2 Anm. 41/42; Klauß Anm. 170 ff.; Pal.-Gramm § 2 Anm. 3 a bb; Aubele § 2 Anm. 4
 - 3) Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 3 g; Cr.-Ostler § 2 Anm. 37
 - 4) Cr.-Ostler § 2 Anm. 39; Klauß Anm. 173; Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 a bb; Aubele § 2 Anm. 4; LG Hamburg MDR 59, 300 Vgl. jedoch die Ausführungen von Weitn.-Klingsp. in Erman § 2 Anm. 3 i, denen zuzustimmen ist; denn in diesen Fällen ergibt sich die Erstattungspflicht bereits aus den Vorschriften der ZPO. Insoweit erscheint eine mögliche Erstattungspflicht nach § 2 AbzG bedeutungslos.

Schließlich sind die Versicherungskosten zu erwähnen. Danach sind als Aufwendungen im Sinne des § 2 AbzG vom Verkäufer entrichtete Prämien für Sachschadenversicherungen der Kaufsache und für Kreditversicherungen zu ersetzen, falls die Versicherung gerade im Hinblick auf diesen Kaufvertrag geschlossen wurde¹⁾.

Aus dieser abrißartigen Erörterung der wichtigsten Fälle, die als sogenannte "Vermögenssicherungsmaßnahmen" anzusehen sind, geht schon hervor, daß nur unter besonderen Voraussetzungen ein Teil von ihnen als Aufwendungen nach dem AbzG erstattungsfähig ist. Dabei bleibt noch offen, ob nicht der Aufsteller der AGB diesen Begriff wesentlich weiter faßt als es hier geschehen ist. Durch die Formulierung "alle Unkosten unserer Vermögenssicherungsmaßnahmen" wird deutlich, daß alle entstehenden Unkosten für entsprechende Maßnahmen zu ersetzen sind. Außerachtgelassen wird die gesetzliche Einschränkung "infolge des Vertrages". Damit geht der abstrakte Begriff der "Vermögenssicherungsmaßnahmen" teilweise über den der "Aufwendungen" des § 2 I 1 AbzG hinaus. Insoweit liegt eine unzulässige, über die gesetzlich möglichen Aufwendungen hinausgehende Formulierung vor, die nach § 2 I 3 AbzG als nichtig anzusehen ist.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, der Aufsteller werde nur Unkosten, die nach § 2 I 1 AbzG als Aufwendungen anzusehen sind, ersetzt verlangen. Durch die Nichtigkeitsdrohung des § 2 I 3 AbzG soll gerade verhindert werden, daß Vereinbarungen getroffen werden, die es dem Verkäufer ermöglichen, eine höhere als die gesetzlich vorgesehene Vergütung

1) Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG, Anm. 3 o; Cr.-Ostler § 2 Anm. 44; Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 a bb; Aubele § 2 Anm. 4; OLG München MDR 57, 358 (359); a.A. z.T. Klauß Anm. 180 und Ewald AbzG S. 56 ff.

zu verlangen. Ob der Verkäufer später tatsächlich diese entsprechende höhere Vergütung fordert, ist ohne Belang. Selbst wenn man dieser Argumentation generell nicht folgt, ist vorliegend aber zu beachten, daß es sich um eine Klausel in AGB handelt, für deren Auslegung die Besonderheit gilt, daß sie im Zweifel zu Lasten des Aufstellers auszulegen ist. Die auf Grund der Fassung der Klausel bestehende Möglichkeit, eine höhere als die gesetzlich vorgesehene Vergütung zu verlangen, führt daher zu der Auslegung, daß der Aufsteller der AGB diese weite Fassung der Klausel auch gewollt hat. Sie verstößt also gegen § 2 I 3 AbzG und ist dementsprechend hinsichtlich des Teiles unwirksam, der "Vermögenssicherungsmaßnahmen" zum Gegenstand hat. Die Gültigkeit der Klausel im übrigen bleibt unberührt, da die Nichtigkeit eines Teils der Klausel nicht zur Nichtigkeit der gesamten Klausel führt: Wenn der Aufsteller nämlich die einzelnen Tatbestände nicht in einer Klausel zusammenfaßt, sondern jeden gesondert aufgeführt hätte, würde die Nichtigkeit eines Tatbestandes und damit einer Klausel nach allgemeiner Meinung nicht zur Nichtigkeit aller übrigen Klauseln führen. Die Tatsache allein, daß statt mehrerer Klauseln eine einzige Klausel geschaffen wurde, kann demgegenüber nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Dies würde sonst eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung des jeweiligen Aufstellers von AGB darstellen.

gg) Auch Klauseln, in denen die Erstattung von Provisionszahlungen verlangt wird, sind nur vereinzelt anzutreffen.

Folgende Klauseln sind dabei als Beispiele zu nennen:

Nr. 1: "Wir behalten uns das Recht vor, im Falle des Verzuges des Käufers vom Vertrag zurückzutreten und Ersatzansprüche für Aufwendungen, Provisionszahlungen, ... geltend zu machen."

Nr. 2: "Im Falle der Aufhebung des Vertrages wird ... die ungekürzte Provision für den Vermittler in Anrechnung

gebracht."

Obwohl Provisionszahlungen höchstens ein besonderer Fall von Aufwendungen sind und insofern erstattungsfähig wären, wird in der erstgenannten Klausel die Provision gleichberechtigt neben dem Ausdruck "Aufwendung" erwähnt. Es entsteht dadurch der Eindruck, als müßten Provisionszahlungen des Verkäufers unabhängig davon ersetzt werden, ob es sich um Aufwendungen "infolge des Vertrages" handelt oder nicht. Nur im Falle, daß Provisionszahlungen allgemein als erstattungsfähige Aufwendungen anzusehen sind, würde diese irreleitende Formulierung statthaft sein. Grundsätzlich sind jedoch die vom Verkäufer an den Vertreter für Vermittlung und Abschluß des Vertrages gezahlten Provisionen nicht zu ersetzen¹⁾. Die Begründung dieser Lösung ist allerdings unterschiedlich. Während Samter²⁾ die Erstattungsfähigkeit ablehnt, weil die Provision nicht "infolge des Vertrages" sondern "behufs Abschluß des Vertrages" aufgewendet werde, rechnen Hörle³⁾ und Ewald⁴⁾ die Provision zu den nicht erstattungsfähigen allgemeinen Geschäftskosten. Beide Begründungen können nicht überzeugen. Einmal erscheint die Unterscheidung "infolge" und "behufs" Abschluß des Vertrages willkürlich. Im Sinne der Bedingungstheorie sind die Provisionszahlungen durch den Abschluß des Vertrages verursacht. Auch können sie nicht den allgemeinen Geschäftskosten zugerechnet werden, da sie nur für den Abschluß des konkreten einzelnen Vertrages gezahlt werden. Dabei ist es gleichgültig, ob bei der Höhe der Provision berücksichtigt wird, daß der

 1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 28; LG Nürnberg-Fürth JW 33, 2168 (2169); Ewald AbzG S. 52 f.; Alberty DGWR 1940, 27 (32); Lechner § 2 Anm. 2 d; Samter S. 37; Hein S. 111 f.; Hörle Gruch. 55, 202; BGH in Betr. 59, 912 = LM § 2 AbzG Nr. 4; Reinicke, Betr. 59, 1103 (1106); Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 3 h; a.A. Klaus Anm. 165; Aubele § 2 Anm. 4; Paul S. 53; Asch Gruch. 73, 8; OLG München MDR 57, 358 (359), die sie als infolge des Vertrages entstandene ersatzfähige Aufwendungen ansehen.
 2) 3) 4) a.a.O.

Handelsvertreter sich oft vergeblich bemüht, Verträge abzuschließen¹⁾.

Dagegen erscheint die von der heute wohl überwiegenden Meinung²⁾ vertretene Begründung überzeugend. Nach § 87 a HGB kann der Verkäufer vom Handelsvertreter die bereits gezahlten Provisionsbeträge zurückverlangen, wenn der Verkäufer infolge Nichterfüllung durch den Käufer vom Vertrage zurücktritt³⁾. Erst wenn der Käufer seine Leistung erbracht hat, erlangt der Vertreter die Provision endgültig. Damit erwächst dem Verkäufer keine endgültige Vermögensdifferenz, falls der Käufer nicht zahlt. Somit kann er die Provision auch nicht gemäß § 2 AbzG vom Käufer ersetzt verlangen. Wenn der Verkäufer von seinem Recht, die Provision vom Handelsvertreter zurückzuverlangen, keinen Gebrauch macht, ergibt sich auch nichts anderes. Die Aufwendungen des Verkäufers sind dann nicht in der Zahlung der Provision zu sehen, sondern darin, daß der Verkäufer die gezahlte Provision nicht vom Handelsvertreter zurückfordert⁴⁾. Derartige Aufwendungen sind dann jedoch nicht infolge des Kaufvertrages gemacht und daher nicht ersatzpflichtig.

Offen bleibt bei dieser Argumentation allerdings die Frage, welche Wirkung eine zwischen dem Verkäufer und dem Handelsvertreter vor Abschluß des Vertrages getroffene Vereinbarung hat, daß der Verkäufer im Falle des Rücktritts die Provision nicht zurückverlangen dürfe. Unter Umständen ist in diesem Fall eine Ersatzpflicht anzunehmen. Doch stehen Vertreter und Verkäufer gewöhnlich in engerer Verbindung. Eine entsprechende Vereinbarung und die dadurch bewirkte Abwälzung der Provisionskosten auf den Käufer erscheint daher als arglistiges Verhal-

1) BGH a.a.O.

2) Cr.-Ostler, Erman-Weitn.-Klingsp., BGH, LG Nürnberg-Fürth, Reinicke a.a.O.

3) Baumb.-Duden § 87 a, Anm. 2 B

4) BGH a.a.O.

ten zur Umgehung des vom AbzG angestrebten billigen Interessenausgleichs. Eine derartige Vereinbarung zwischen Vertreter und Verkäufer zielt also, falls sie nicht nur aus dem Gesichtspunkt der Umgehung des AbzG geschlossen wird und deshalb unzulässig ist, hauptsächlich auf die Besserstellung des Vertreters; dieser soll angespornt werden, mehr Geschäftsabschlüsse herbeizuführen. Es handelt sich in derartigen Fällen dann aber nicht mehr um Aufwendungen für den konkreten Einzelfall, sondern um allgemeine Maßnahmen zur Steigerung des Umsatzes und der Förderung des Unternehmens. Derartige Aufwendungen können aber nicht nach § 2 I 1 AbzG auf den Käufer abgewälzt werden. Entgegen der Ansicht von Weitnauer-Kling-sporn¹⁾ sind daher Provisionszahlungen in keinem Falle als Aufwendungen nach § 2 I 1 AbzG anzusehen²⁾.

Wenn daher in den AGB-Klauseln ausdrücklich Ersatz für Provisionszahlungen gefordert wird, wie in den oben angeführten Beispielen, stellt dies einen Verstoß gegen § 2 I 3 AbzG dar, der zur Nichtigkeit der entsprechenden Klauseln führt. Dabei ist zu beachten, daß die angeführten Beispiele nicht nur den Ersatz von Provisionszahlungen, sondern auch weitere Ersatzansprüche vorsehen. Aus der Nichtigkeit der vereinbarten Provisionserstattung folgt aber nicht die Unwirksamkeit der Klauseln im übrigen, wie bereits ausgeführt wurde³⁾.

hh) Nur einmal wurde eine Klausel folgender Art angetroffen:

"Im Falle der Aufhebung des Vertrages wird ... der erforderliche Betrag für Durchsicht, Reinigungen und ... in Anrechnung gebracht."

1) In Erman § 2 Anm. 3 h

2) BGH a.a.O. läßt insoweit die Frage offen

3) siehe die Ausführungen unter D. II. 2)a)ff) am Ende

Es ist unklar, ob dieser Betrag überhaupt noch als Aufwendung angesprochen werden kann. Die Möglichkeit, diese Klausel nur als Hinweis darauf zu werten, daß bei der Überlassungsvergütung auch die angeführten Kosten berücksichtigt werden, erscheint unreal. Da sich aus der Klausel ergibt, daß die Durchsicht und Reinigung bei jedem - auch bei dem nur durch vertragsmäßigen Gebrauch abgenutzten - Kaufgegenstand erfolgen soll, scheidet eine Interpretierung der Klausel als Schadensersatzanspruch nach § 2 I 1, 2. Halbsatz AbzG wegen Beschädigung der Sache ebenfalls aus. Die Kosten für Durchsicht und Reinigung sind daher nur erstattungsfähig, wenn sie unter den Begriff der "Aufwendungen infolge des Vertrages" eingeordnet werden können. Bei den Kosten für Durchsicht und Reinigung handelt es sich aber um Kosten, die infolge der durch vertragsmäßigen Gebrauch entstandenen Abnutzung der Sache erforderlich sind. Die durch den natürlichen Verschleiß eintretende Beeinträchtigung der Sache wird aber bei der Überlassungsvergütung berücksichtigt. Da keine Beträge doppelt berechnet werden dürfen, kann die Berechnung der durch die Überlassungsvergütung gedeckten Kosten für Durchsicht und Reinigung nicht nochmals in einem selbständigen Posten erfolgen. Es handelt sich hierbei nicht um Aufwendungen infolge des Vertrages gemäß § 2 I 1 AbzG. Die Klausel, die diese Kosten dem Käufer aufbürden will, verstößt also gegen die zwingende Regelung des AbzG und ist deshalb als nichtig anzusehen.

ii) Wie schon unter ff) dargelegt, sind die Kosten einer etwaigen Zwangsvollstreckung zu ersetzen. Dazu gehören auch die Kosten einer Selbstersteigerung der Kaufsache durch den Verkäufer oder die Zwangsüberweisung an ihn gemäß § 825 ZPO¹⁾. Dieser Fall ist bei den folgenden Klauseln jedoch nicht gemeint: Vielmehr ist daran gedacht, daß der Verkäufer die Sache auf Grund seines Eigentumsvorbehalts zurücknimmt und

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 39; Klaus 173; Aubele § 2 Anm. 4

nun an einen Dritten verkauft:

- Nr. 1: "Wir sind berechtigt, ..., den wieder in Besitz genommenen Kaufgegenstand durch freihändigen Verkauf bestmöglichst zu verwerten. Der Erlös nach Abzug der Kosten einschließlich der Verwertungs- (Verkaufs-) Kosten, die ohne besonderen Nachweis 15 % des Verkaufserlöses betragen, wird dem Käufer auf seine Gesamtschuld gutgebracht."
- Nr. 2: "Bei Rücktritt hat der Besteller uns ..., und die Verkaufsunkosten sowie ... zu ersetzen."
- Nr. 3: "Alle durch die Wiederinbesitznahme des Liefergegenstandes und dessen Verwertung entstehende Kosten trägt der Käufer."

Der Erstkäufer soll nach diesen Klauseln also auch die Unkosten ersetzen, die durch den weiteren Verkauf entstehen. Zwar sind auch diese Unkosten durch den vorhergehenden Vertrag im Sinne einer *conditio sine qua non* verursacht. Wie dargestellt, genügt dies aber nicht ohne weiteres zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "infolge des Vertrages".

§ 2 AbzG dient der Rückabwicklung des durch Rücktritt des Verkäufers erloschenen Vertragsverhältnisses. Er will eine billige Lösung für beide Parteien gewährleisten, indem er dem Verkäufer neben der Überlassungsvergütung und dem Ersatzanspruch für Beschädigungen der Sache auch Ersatz der Aufwendungen zubilligt. Allerdings sind nicht alle Aufwendungen zu ersetzen, wie schon wiederholt aufgeführt wurde, sondern nur die infolge des Vertrages entstandenen. Schon bei der Erstattung der Rücktransportkosten ergaben sich unterschiedliche Meinungen

zu der Frage, ob diese noch als Kosten "infolge des Vertrages" anzusehen sind. Diese Frage wurde zwar bejaht, doch erreicht mit ihnen der Bereich der erstattungsfähigen Aufwendungen seine Grenze, die wiederum flexibel ist, wie ebenfalls an einem Beispiel gezeigt wurde¹⁾. Weitergehende Aufwendungen, also auch die des erneuten Verkaufs, können nicht dem ersten Käufer aufgebürdet werden²⁾. Dieses Ergebnis wird durch folgende Überlegung noch erhärtet: Der Verkäufer kann die Unkosten des ersten Verkaufs im Rahmen des § 2 AbzG zurückverlangen; könnte er außerdem noch die Kosten des neuen Verkaufs erlangen, bekäme er mehr, als er ohne den Rücktritt erhalten hätte; denn wäre der erste Vertrag bestehen geblieben, hätte der Verkäufer die Unkosten selbst tragen müssen. Dadurch, daß der Vertrag aufgelöst wird, kann der Verkäufer nicht neben der Erstattung der bisherigen Unkosten auch die eines neuen Vertrages ersetzt verlangen. Zwar ist das Bestreben des Verkäufers zu verstehen, die Kosten des erneuten Verkaufs - der unter Umständen schwieriger ist, da es sich um eine gebrauchte Sache handelt - auf den ersten Käufer abzuwälzen. Dennoch ist diese weitgehende Absicherung des Verkäufers mit dem Sinn und Zweck des AbzG nicht vereinbar. Vielmehr muß der Verkäufer die Gefahr für den erneuten Verkauf als typische Gefahr bei Abzahlungsgeschäften einkalkulieren. Dafür kommen ihm als Ausgleich ja der durch die Abzahlungsgeschäfte erhöhte Umsatz und die Abzahlungszuschläge zugute. Aus diesen Gründen sind die Kosten eines erneuten Verkaufs nicht von dem ersten Käufer zu tragen; sie stellen keine Aufwendungen nach § 2 I 1 AbzG dar. Entsprechende Klauseln in AGB sind daher nichtig.

1) Vgl. D. II. 2)a)ee)

2) RGZ 138, 28 (36)

Die Klausel Nr. 1 weist darüber hinaus noch ein besonderes Charakteristikum auf: Die Vertragsschuld soll bestehen bleiben, soweit sie durch die Weiterverwertung nicht gedeckt wird, obgleich in der Weiterverwertung ein Rücktritt liegt, wodurch der Kaufvertrag aufgelöst wird. Auch dies ist unzulässig, so daß bereits aus diesem Grunde die erste Klausel ungültig ist¹⁾.

kk) Zusammenfassung: Die Erstattung der Aufwendungen bei einem vom Verkäufer erklärten Rücktritt vom Abzahlungsgeschäft wird verhältnismäßig häufig geregelt. Ohne weiteres sind Klauseln mit Verweisungen auf den Gesetzestext und sinngemäße Wiederholungen des Gesetzes als zulässig anzusehen. Ferner ist die Festsetzung einzelner Aufwendungsposten in den AGB möglich, falls derartige Aufwendungen nach dem AbzG zu ersetzen sind. Als grundsätzlich zulässige Einzelpunkte, die in AGB geregelt werden, sind zu nennen: Transport- und Rücktransportkosten, Lager- und Verpackungskosten, ferner Versicherungs-, Mahn- und Inkassokosten, Auskunfts- und Ermittlungskosten und Interventionskosten bei erfolgreicher Klage.

Dagegen sind Formulierungen, die über den Gesetzestext hinausgehen, unzulässig, wie z.B. "Vermögenssicherungsmaßnahmen", "Alle Aufwendungen". Derartige Klauseln sind nach § 2 I 3 AbzG nichtig. Ebenso sind AGB-Klauseln über Aufwendungen, die nicht nach § 2 I 1 AbzG erstattungsfähig sind, als unzulässig anzusehen, wie z.B. Provisionen, Überholungs- und Wiederverkaufskosten.

b) Nach § 2 I 1 AbzG kann jedoch neben dem Ersatz von Aufwendungen auch Ersatz für Beschädigungen der Kaufsache verlangt werden. Die Klauseln, die sich auf den Ersatz von Beschädi-

1) Ebenso Ewald AbzG S. 108

gungen beziehen, sind nicht so vielfältig wie die im Bereich des Aufwendungsersatzes. Es lassen sich jedoch auch hier Unterschiede feststellen. Der Wortlaut des § 2 I 1, 2. Halbsatz AbzG spricht von der Ersatzleistung für solche Beschädigungen der Sache, welche durch ein Verschulden des Käufers oder durch einen sonstigen von ihm zu vertretenden Umstand verursacht sind. Es handelt sich also um eine echte Schadenersatzbestimmung. Ob die Voraussetzungen für diesen Ersatzanspruch vorliegen, kann oft nur im Einzelfall entschieden werden, da die Abgrenzung zwischen der gewöhnlichen Abnutzung und einer Beschädigung nicht starr festliegt.

aa) AGB-Klauseln, die nur auf den Gesetzestext verweisen, sind, wie schon mehrfach erwähnt, als gültig anzusehen. Dies gilt auch für die entsprechenden Klauseln wegen Ersatzes von Beschädigungen der Abzahlungssache:

Nr. 1: "Daneben kann der Verkäufer nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen Ersatz für ... sowie für Abhandenkommen, Beschädigungen und ... beanspruchen."

Auch Klauseln, die den Gesetzestext mit eigenen Worten sinngemäß wiederholen oder sogar noch einengen, sind gültig wie etwa folgende Klausel:

Nr. 2: "Alle auf Grund der Bestellung gemachten Aufwendungen (wie Transportkosten u.a. sowie Ersatz für Beschädigungen, die durch ein Verschulden des Käufers verursacht sind), sind dem Verkäufer außerdem zu erstatten".

Zwar ist hier der Ersatz für Beschädigungen als Unterfall der Aufwendungen gesehen. Dies ist jedoch unschädlich, da der Ersatzanspruch für Beschädigungen in der Praxis gesondert aufgeführt wird, so daß ersichtlich ist, wofür der entsprechende Betrag berechnet wurde. Im übrigen sagt die Klausel jedoch, daß nur Ersatz für Beschädigungen, die auf ein Ver-

schulden des Käufers zurückzuführen sind, ersetzt werden sollen. Diese Formulierung entspricht der gesetzlichen Bestimmung des § 2 I 1, 2. Halbsatz AbzG und ist daher zulässig.

bb) Weiterhin findet man häufig Klauseln, die sich nicht so eng an den Gesetzestext halten. Vielmehr wird ganz allgemein von dem Ersatz für Beschädigungen gesprochen. Entsprechende Klauseln lauten etwa:

- Nr. 1: "Der Verkäufer darf sich auf die gezahlten Raten die infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen sowie den Ersatz für alle nicht durch den vertragsmäßigen Gebrauch hervorgerufenen Beschädigungen und ... anrechnen."
- Nr. 2: "... kann aber davon den Betrag für die infolge der Vereinbarungen gemachten Aufwendungen, wie Hin- und Rücktransport, Beschädigung des Instruments usw. in Abzug bringen."
- Nr. 3: "Wir behalten uns das Recht vor, im Falle des Verzuges des Käufers vom Vertrage zurückzutreten und Ersatzansprüche für ..., Beschädigungen, ... usw. geltend zu machen."
- Nr. 4: "Für den Fall des Rücktritts vom Vertrag infolge Nichterfüllung kann die Gebrauchsvergütung und der evtl. Ersatz für Beschädigungen, die der Käufer dem Verkäufer zu zahlen hat, ..."

Grundsätzlich ist man geneigt, derartige Bestimmungen als unzulässig anzusehen, da sie nicht mit dem Wortlaut des § 2 AbzG übereinstimmen. Die Frage, welche Beschädigungen zu ersetzen sind, wird vom AbzG in der Art gelöst, daß die Beschädigungen, die der Käufer zu vertreten hat, zu ersetzen sind. Dabei werden die allgemeinen Regeln der §§ 276, 278,

827, 828 BGB als Maßstab genommen¹⁾; insofern stellt das AbzG keine Sonderregelung auf, sondern wiederholt nur die allgemeinen Regeln des BGB. Daraus folgt, daß hier kein besonderes, gegenüber den allgemeinen Regeln einschränkendes Kriterium vorliegt. Wenn also nur von Beschädigungen der Sache die Rede ist, gilt entsprechend § 276 BGB die Regelung, daß der Schuldner, da nichts anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat und auch §§ 278, 827, 828 BGB Geltung haben. Das Fehlen der Einschränkung wirkt sich hier ausnahmsweise also nicht als unzulässige Ausweitung des § 2 I 1 AbzG aus; denn da keine Regelung in den AGB getroffen wurde, andererseits das AbzG keine Sondervorschriften aufstellt, gilt die allgemeine gesetzliche Regelung²⁾. Damit ist aber der Sinn des § 2 I 1, 2. Halbsatz AbzG gewahrt, ohne daß die Klauseln dieses enthalten müßten. Sie sind daher als gültig anzusehen.

cc) Weitergehend sind aber Klauseln, die etwa folgendermaßen lauten:

Nr. 1: "Außerdem ist der Besteller in derartigen Fällen³⁾ für die bereits geleisteten Montage- sowie entstehende Demontagekosten schadenersatzpflichtig. Weitere Schadenersatzansprüche bleiben vorbehalten."

Nr. 2: "Wir sind außerdem berechtigt, etwa durch den Rücktritt uns entstehende Kosten und sonstige Schäden ersetzt zu verlangen."

1) Vgl. Cr.-Ostler § 2 Anm. 56 ff.; Klauß Anm. 187 ff.; Aubele § 2 Anm. 9

2) Anders gelagert sind die Fälle unter D.II. 2)a)bb) und ff), wo das Fehlen des Merkmals "infolge des Vertrages" genau die gegenteilige Wirkung auslöst, da es sich um eine spezielle gesetzliche Regelung handelt.

3) Gemeint ist die Nichteinhaltung der vereinbarten Zahlungs-termine.

Nr. 3: "Im Falle der Aufhebung des Vertrages wird für ..., ferner der erforderliche Betrag für Durchsicht, Reinigung und etwaige Reparaturen, ... in Anrechnung gebracht."

Zwar ist es unschädlich, wenn unter Umständen der Ersatzanspruch für Beschädigungen als Aufwendung bezeichnet wird¹⁾. Auch ist dieser Ersatzanspruch ein echter Schadenersatzanspruch. Jedoch ist der Begriff des Schadenersatzes als Oberbegriff anzusehen. Da unter diesen Begriff neben dem Ersatz für die Beschädigung der Sache und neben den anderen Ansprüchen des § 2 AbzG auch alle übrigen Schadenersatzansprüche fallen, z.B. Schadenersatz wegen Nichterfüllung, stellt diese Formulierung eine unzulässige Erweiterung des AbzG dar. Die entsprechenden Klauseln gehen also über den Zweck und Sinn des Gesetzes hinaus und sind nach § 2 I 3 AbzG nichtig. Zwar weicht die dritte Klausel von den übrigen Formulierungen ab. Im Ergebnis ist sie ihnen jedoch gleichzustellen. Sie geht nämlich nicht von der Beschädigung aus, sondern von der Reparatur. Ob die Reparatur infolge einer vom Käufer verschuldeten Beschädigung, infolge normaler Abnutzung oder infolge höherer Gewalt etc. notwendig wurde, ist dabei ohne Bedeutung. Auch diese Art der Formulierung muß als zu weit gelten und ist daher unzulässig.

dd) Ein wesentlicher Punkt ist die Regelung des entgangenen Gewinns. Auffällig ist, daß entsprechende Klauseln nicht nur wie die meisten bisher besprochenen Bedingungen hauptsächlich in der Eisenindustrie, sondern auch in der verarbeitenden Industrie anzutreffen sind. Auch hier ist eine größere Zahl von Klauseln anzutreffen, die nur beispielhaft aufgezählt werden sollen:

1) Vgl. D. II. 2)b)aa)

- Nr. 1: "Muß ich wegen Zahlungsverzuges des Käufers Waren zurücknehmen, so behalte ich mir vor, Forderungen für entgangenen Gewinn und ... geltend zu machen und gegen geleistete Zahlungen aufzurechnen."
- Nr. 2: "... und außerdem für unseren Verdienstentgang Ersatz des Schadens zu verlangen bzw. gegen die geleisteten Anzahlungen in Höhe des Schadens aufzurechnen."
- Nr. 3: "Wir behalten uns das Recht vor, im Falle des Verzuges des Käufers vom Vertrag zurückzutreten und Ersatzansprüche für ... Verdienstentgang, ... usw. geltend zu machen."
- Nr. 4: "Nehmen wir Ware aus Gründen, die der Kunde zu vertreten hat, zurück, haben wir Anspruch auf Erstattung entgangenen Gewinns, ..."
- Nr. 5: "Fordern wir die Ware auf Grund des Eigentumsvorbehalts zurück, so haftet der Käufer für ... und den entgangenen Gewinn."
- Nr. 6: "In diesem Falle geschieht die Rücknahme zum Tagespreise der Lieferfirma, unter Abzug eines Gewinnverlustes von 15 % für Neuauffrischung, Neukartonisierung usw."

Da sich Art und Umfang der Ersatzpflicht nach §§ 249 ff. BGB richten¹⁾, kann der Verkäufer nach § 252 BGB auch den entgangenen Gewinn verlangen, soweit der Gewinnentgang auf der Verschlechterung, dem Untergang oder der sonstigen Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache beruht²⁾. Jedoch ist der Ge-

-
- 1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 61; Klaus Anm. 192; Aubele § 2 Anm. 13; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 4 c; RGZ 147, 344 (353)
- 2) Aubele § 2 Anm. 13; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 Anm. 4 c; Cr.-Ostler § 2 Anm. 62; Lazarus S. 90; Klaus Anm. 193; a.A. nur Samter S. 42

winn davon zu unterscheiden, der dem Verkäufer durch die Rückgängigmachung des Kaufvertrages entgeht. Ein derartiger Gewinn ist nicht zu ersetzen, da es sich insoweit um einen durch die Nichterfüllung des Vertrages verursachten Schaden handelt, der Verkäufer aber im Falle des Rücktritts nicht Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen kann, sondern auf die Ansprüche aus §§ 1, 2 AbzG beschränkt ist¹⁾.

Es ergibt sich also, daß nur in begrenztem Umfang ein entgangener Gewinn zu ersetzen ist. Wie wirkt sich dies nun auf die AGB-Klauseln aus, die - abgesehen von dem letzten Beispiel - grundsätzlich ganz allgemein von entgangenem Gewinn sprechen? Den bisher dargelegten Kriterien ist zu entnehmen, daß der Aufsteller der AGB das Risiko für die Formulierung der AGB trägt, d.h. bei Abweichung von zwingenden gesetzlichen Vorschriften die Gefahr in Kauf nehmen muß, daß die entsprechenden Klauseln unwirksam sind, da sie über den Gesetzestext hinausgehen. Auf die Frage, ob der Aufsteller überhaupt diese Erweiterung wollte, ist dabei nicht einzugehen. Wenn hier also die Formulierung "Ersatz für Beschädigungen" nicht beibehalten wird, die auch einen bestimmten entgangenen Gewinn beinhaltet, muß der Aufsteller die Gefahr tragen, daß die von ihm gewählten Formulierungen "entgangener Gewinn" bzw. "Verdienstentgang ist zu ersetzen", über die nach § 2 I 1, 2. Halbsatz AbzG möglichen Ansprüche hinausgehen und aus diesem Grunde nach § 2 I 3 AbzG nichtig sind.

Anders kann es sich jedoch bei der Klausel Nr. 6 verhalten, die von dem "Abzug eines Gewinnverlustes von 15 % für Neuauf-
frischung, Neukartonisierung usw." spricht. Sieht man die

1) Weitzn.-Klingsp., Ostler und Klaus a.a.O.

dabei gegebenen Beispiele an, ergibt sich, daß es sich in Wirklichkeit nicht um einen entgangenen Gewinn handelt, sondern um Ersatz für Schäden, die im Rahmen des normalen Gebrauchs auftreten, die also bei der Überlassungsvergütung in Anrechnung zu bringen sind. Es ist hier ein falscher Ausdruck gewählt. Entsprechend ist die Klausel im Rahmen des § 2 I 1, 2. Halbsatz AbzG als unzulässig anzusehen. Sie könnte jedoch im Rahmen der Überlassungsvergütung möglich sein, was noch zu untersuchen ist¹⁾.

ee) Als letzte Gruppe von Klauseln sind in diesem Zusammenhang noch Klauseln folgender Art zu prüfen:

Nr. 1: "Zurückgenommene Ware wird mit ihrem tatsächlichen Wert im Zeitpunkt der Rücknahme angerechnet: Wertminderungen (z.B. durch ..., ... und Beschädigungen) sind zu berücksichtigen."

Nr. 2: "... wobei Wertminderungen wie z.B. durch Lagerung und Beschädigung zu berücksichtigen sind."

Auch diese Klauseln sprechen von Beschädigungen. Doch wird hier nicht von dem Ersatz von Beschädigungen gesprochen, sondern von der Wertminderung. Das ist unschädlich. Es handelt sich nämlich nicht um eine durch ordnungs- und vertragsmäßigen Gebrauch entstandene Abnutzung, sondern um eine darüber hinausgehende Beschädigung. Diese ist zu ersetzen. Allerdings ist eine bei der Beschädigung berücksichtigte Wertminderung nicht bei der Überlassungsvergütung noch einmal zu berechnen, da ein Doppeltersatz vermieden werden muß²⁾.

1) Vgl. D. II. 2)c)ee)

2) Klausß Anm. 209; Janka BB 50, 10; Cr.-Ostler § 2 Anm. 88; RGZ 147, 344 (353); vgl. auch unten D. II. 2)c)cc)

ff) Zusammenfassung: Gerade im Bereiche des Ersatzes für Beschädigungen finden sich relativ häufig Klauseln, die gegen § 2 AbzG verstoßen. Dies liegt daran, daß der Anspruch aus § 2 I 1, 2. Halbsatz AbzG nur Schadenersatz für die vom Käufer verschuldete Beschädigung der Sache gewährt, jedoch kein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist. Demnach sind nur Klauseln, die den Sinn des Gesetzes genau wiedergeben, gültig, wobei höchstens insoweit Abweichungen möglich sind, als die Verschuldensfrage offen gelassen wird. Andere Klauseln, insbesondere solche, die allgemein von Schadenersatz oder entgangenem Gewinn reden, sind nichtig. Ausnahmsweise könnten Klauseln über entgangenen Gewinn gültig sein, wenn sie die entsprechenden oben erwähnten Einschränkungen aufweisen würden. Derartige Klauseln wurden jedoch nicht angetroffen.

c) Die abschließende Regelung des § 2 AbzG gewährt dem Verkäufer neben den beiden bisher erörterten Ansprüchen als wichtigsten Anspruch die Überlassungsvergütung. Entsprechend der Bedeutung dieses Anspruchs sind in diesem Falle Regelungen in AGB besonders häufig.

aa) Klauseln, die nur regeln, daß eine Gebrauchs- oder Benutzungsvergütung zu zahlen ist, entsprechen der gesetzlichen Regelung und sind aus der Sicht des § 2 AbzG gültig¹⁾, z.B. folgende Klauseln:

Nr. 1: "Im Falle des Rücktritts vom Kaufvertrag kann der Verkäufer folgende Ansprüche geltend machen: a) ...,
b) Handelsübliche Vergütung für die Gebrauchsüberlassung und dadurch eingetretene Wertminderung."

1) Vgl. oben D. II. 2)a)aa) und b) aa)

Nr. 2: "Für den Fall des Rücktritts vom Vertrag infolge Nichterfüllung kann die Gebrauchsvergütung ..."

bb) Allerdings sind derartige Klauseln nicht die Regel. Gerade bei der Überlassungsvergütung wird immer wieder der Versuch gemacht, die Rechte des Verkäufers auszuweiten. So finden sich häufig folgende Klauseln:

Nr. 1: "Beim Rücktritt hat der Besteller dem Lieferer neben der Entschädigung für die Benutzung des Liefergegenstandes jede auch unverschuldete Wertminderung zu ersetzen. Diese beträgt monatlich mindestens 10 % des Rechnungsbetrages."

Nr. 2: "Wir behalten uns das Recht vor, im Falle des Verzuges des Käufers vom Vertrag zurückzutreten und Ersatzansprüche für ..., Wertminderung, für Abnutzung usw. geltend zu machen."

Durch derartige Klauseln soll erreicht werden, daß der Verkäufer neben dem Anspruch auf Gebrauchsvergütung auch einen solchen wegen Wertminderung erlangt. Doch gibt § 2 I 2 AbzG keine Möglichkeit für die Geltendmachung eines solchen neben der Überlassungsvergütung bestehenden selbständigen Anspruchs¹⁾. Vielmehr ist die Wertminderung bei der Überlassungsvergütung zu berücksichtigen. Die entsprechenden Klauseln verstoßen daher gegen § 2 I 3 AbzG und sind nichtig.

cc) Die nun folgenden Klauseln sprechen von der Anrechnung des tatsächlichen Wertes der Abzahlungssache bei der Rücknahme, so daß sich die Gebrauchsvergütung als Differenz zwischen Verkaufspreis und tatsächlichem Wert im Zeitpunkt der Rückgabe²⁾ ergibt:

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 73; BGHZ 19, 330 (333); RGZ 169, 140 (143/144); vgl. auch Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 c cc 4

2) Vgl. oben D. II. 1)d)

- Nr. 1: "Zurückgenommene Ware wird mit ihrem tatsächlichen Wert im Zeitpunkt der Rücknahme angerechnet; ..."
- Nr. 2: "In diesem Falle geschieht die Rücknahme zum Tagespreise der Lieferfirma unter Abzug eines Gewinnverlustes von 15 % für Neuauffrischung, Neukartonisierung usw.. Soweit es sich um nicht mehr einwandfreie Ware oder überholte Modelle handelt, wird der tatsächliche Wert zugrunde gelegt."
- Nr. 3: "Die Anrechnung zurückgenommener Ware erfolgt zu ihrem tatsächlichen Wert im Zeitpunkt der Zurücknahme, wobei Wertminderungen wie z.B. durch Lagerung und Beschädigung zu berücksichtigen sind."

Diese Klauseln lassen jedoch folgendes unberücksichtigt:

Schuldhaft und zufällige Beschädigungen dürfen nicht berücksichtigt werden; denn soweit es schuldhaft Beschädigungen sind, werden sie bereits durch § 2 I 1 AbzG erfaßt. Eine nochmalige Berücksichtigung würde zu einer unzulässigen Doppelberücksichtigung führen¹⁾. Soweit sie unverschuldet sind, werden sie gerade durch § 2 I 1 AbzG ausgeschlossen²⁾, können daher auch nicht im Rahmen des § 2 I 2 AbzG zulässig sein³⁾. Da aber der tatsächliche Wert auch durch derartige Beschädigungen beeinflußt wird und unverschuldete Wertminderungen auch Beschädigungen darstellen können, gehen derartige Formulierungen über § 2 I 2 AbzG hinaus; sie sind daher nach § 2 I 3 AbzG nichtig.

dd) Berücksichtigt man diese Erwägungen, erscheinen auch Klauseln folgender Art als unzulässig:

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 92

2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 101; Benke BB 1948, 591

3) Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 5 c I C a; Cr.-Ostler § 2 Anm. 89; Janka BB 50, 10; Klauß Anm. 209

- Nr. 1: "Das Lieferwerk kann auch nach nochmaliger schriftlicher Aufforderung zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen innerhalb einer Nachfrist den Kaufgegenstand auf Rechnung und Gefahr des Käufers anderweitig bestmöglichst verwerten."
- Nr. 2: "Wir sind berechtigt, unbeschadet der Zahlungsverpflichtung des Bestellers den wieder in Besitz genommenen Kaufgegenstand nebst Zubehör durch freihändigen Verkauf bestmöglichst zu verwerten. Der Erlös nach Abzug der Kosten wird dem Besteller auf seine Gesamtschuld gutgebracht, bei etwaigem Übererlös wird ihm dieser ausgezahlt."
- Nr. 3: "Das Lieferwerk ist nach seiner Wahl berechtigt, den Liefergegenstand zum Schätzwert eines amtlich anerkannten Sachverständigen an sich zu nehmen, nach den Regeln des Pfandverkaufs zu verwerten oder auf Rechnung des Bestellers zu veräußern."
- Nr. 4: "Die Gebrauchsvergütung und der Ersatz von Beschädigungen errechnen sich in diesem Falle aus der Differenz zwischen Verkaufs- und dem Schätzwert."
- Nr. 5: "Auf Wunsch des Käufers, der nur innerhalb von 6 Wochen nach Zurückgabe des Kaufgegenstandes geäußert werden kann, ist der Verkäufer verpflichtet, den Kaufgegenstand zu dem Schätzwert abzurechnen, den eine von der Deutschen Automobil Treuhand GmbH (DAT) zugelassene Schätzungsstelle festgestellt hat."

Es wird in diesen Fällen nicht der tatsächliche Wert der Gebrauchsvergütung berechnet, sondern es wird der Wiederverkaufspreis festgestellt, die Gebrauchsvergütung ergibt sich somit nur indirekt aus der Differenz zwischen Verkaufsbarpreis und Wiederverkaufspreis. Sie geht also unter Umständen über die Gebrauchsvergütung, die aus der Differenz von üblichem Verkaufsbarpreis und tatsächlichem Wert gebildet wird,

hinaus. Der Wiederverkaufspreis kann nämlich durchaus unter dem Rücknahmewert liegen. Er kann daher auch höchstens als ein im Rahmen des § 287 ZPO zu würdigender Umstand angesehen werden¹⁾. Wenn die Gebrauchsvergütung jedoch wie in den vorliegenden Klauseln als Differenz zwischen Verkaufsbarpreis und Wiederverkaufspreis oder Schätzpreis festgelegt wird, ist dies eine über § 2 I 2 AbzG hinausgehende Vereinbarung, die nach § 2 I 3 AbzG nichtig ist, da sie den Käufer über den gesetzlichen Rahmen hinaus belastet²⁾.

ee) Andere Klauseln versuchen durch Festsetzung einer Pauschalentschädigung für die Benutzung eine für den Verkäufer günstigere Lage herbeizuführen. Folgende Beispiele verdeutlichen dies:

Nr. 1: "Im Falle der Aufhebung des Vertrages wird für die Übertragung des Besitzes an der Maschine eine Pauschalentschädigung für Abnutzung mit 25 % für den ersten Monat ab Aufstellung und für jeden weiteren Monat in Höhe von 2 % von der Kaufsumme ab Aufstellung, ferner ... in Anrechnung gebracht."

Nr. 2: "Im Falle des Rücktritts vom Vertrage nach Lieferung ist der Verkäufer berechtigt, ein Entgelt für die Benutzung des Kaufgegenstandes zu verlangen. Zur Zeit gelten bei normaler Abnutzung des Kaufgegenstandes hierfür folgende Sätze: Bei Rücktritt und Übergabe nach Lieferung innerhalb der ersten drei Monate 30 % des Verkaufspreises und für jeden weiteren Monat 5 % des Verkaufspreises."

1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 93; Klauß Anm. 218; RGZ 138, 28 (35); 147, 344 (352); OLG Braunschweig JW 1934, 3007 (3008) mit zustimmender Anmerkung von Crisolli; vgl. insbesondere OLG München MDR 1957, 358 (359)

2) Über die weitere Unzulässigkeit der Klauseln 1-3 vgl. oben D. II. 2)a)ii)

- Nr. 3: "Bei normaler Abnutzung werden für die Wertminderung mindestens 15 % des Kaufpreises und eine monatliche Entschädigung von 2 % des vereinbarten Kaufpreises für die Überlassung des Instrumentes berechnet. Bei außergewöhnlichen Abnutzungen erhöhen sich die Sätze."
- Nr. 4: "Der Lieferer ist bei der Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts berechtigt, außer den nachgewiesenen Aufwendungen eine zusätzliche Unkostenpauschale von 10 % des Verkaufspreises zu berechnen."
- Nr. 5: "Die geleisteten Zahlungen gelten als Entgelt für die Überlassung und Abnutzung und verfallen."

Die Klausel Nr. 5 stellt eine typische vertragliche Festsetzung einer höheren als der nach dem Gesetz geschuldeten Überlassungsvergütung dar. Sie ist daher nach § 2 I 3 AbzG nichtig¹⁾²⁾.

Die übrigen Klauseln enthalten Prozentsätze als anzunehmende und zu vergütende Wertminderung. Derartige Klauseln verletzen das gesetzliche Prinzip der Individualfeststellung³⁾. Nach dem Gesetz soll nur eine Vergütung für die tatsächlich eingetretene und daher konkret festzustellende Wertminderung erfolgen⁴⁾. Eine vorherige Festsetzung von Prozentsätzen, sei es für die Überlassungsvergütung, sei es für die Wertminderung bedeutet einen Verstoß gegen § 2 I 2 AbzG. Die zahlreichen entsprechenden Klauseln sind daher nach § 2 I 3 AbzG nichtig⁵⁾⁶⁾.

- 1) Cr.-Ostler § 2 Anm. 103; Lechner § 2 Anm. 4 b; Aubele § 2 Anm. 20; Rühl S. 276
- 2) Ferner ergibt sich die Nichtigkeit auch aus § 1 I 1 und 2 AbzG, vgl. oben D. I. 3) und 4)
- 3) Cr.-Ostler § 2 Anm. 95; Ewald AbzG S. 72 f.
- 4) Cr.-Ostler § 2 Anm. 103; Rühl S. 276; Ewald AbzG S. 107 ff.
- 5) Cr.-Ostler, Rühl, Ewald a.a.O.; ebenso LG Frankfurt NJW 52, 884
- 6) Somit beantwortet sich auch die oben, D.II. 2)a)cc), gestellte Frage, ob die Unkostenpauschale als Benutzungsvergütung zu erstatten ist.

ff) Andere Verkäufer versuchen die Benutzungsvergütung durch Hinweis auf Mietsätze für sich vorteilhaft zu gestalten:

Nr. 1: "Für den Fall, daß wir bei Nichterfüllung der Zahlungspflicht des Abnehmers vom Vertrage zurücktreten, oder aus sonstigen Gründen auf Grund unseres Eigentumsvorbehalts die gelieferten Erzeugnisse zurückerhalten, hat der Abnehmer für die Zeit seines Besitzes an der gelieferten Ware eine Miete nach den von uns gebräuchlichen Mietsätzen zu entrichten."

Nr. 2: "Dem Verkäufer steht für die Besitzdauer des Käufers eine Gebrauchsvergütung zu in Höhe der üblichen Miete für ein gleichartiges Fahrzeug."

Nun ist zwar nach h.M.- anderer Ansicht nur Ewald¹⁾ - bei der Ermittlung des Wertes der Überlassung bei Sachen mit üblichen Miet- oder Pachtzins von diesem Miet- oder Pachtzins auszugehen²⁾, doch fragt es sich, ob die Vereinbarung einer Gebrauchsvergütung, die dem üblichen Mietzins entspricht, in AGB-Klauseln möglich ist. Aus den im vorigen Absatz festgelegten Gesichtspunkten ergibt sich, daß eine vorherige Festlegung der Gebrauchsvergütung unzulässig ist, selbst wenn sie auf bestimmte Prozentsätze des Verkaufspreises abstellt, die unter Umständen tatsächlich im Rücktrittsfall verlangt werden können. Entsprechendes gilt ebenso bei der Vereinbarung des üblichen Mietzinses als Gebrauchsvergütung. Die entsprechenden Klauseln sind daher nach § 2 I 3 AbzG nichtig.

gg) Schließlich finden sich häufig Klauseln, die weder von Gebrauchsüberlassung noch von "Gebrauchsüberlassung, bei der die inzwischen eingetretene Wertminderung zu berücksichtigen ist", sprechen, sondern nur auf die Wertminderung abstellen.

1) Ewald AbzG S. 68 ff.

2) Vgl. dazu die ausführlichen Anmerkungen in Cr.-Ostler § 2 Anm. 76 ff.

Entsprechende Klauseln lauten etwa folgendermaßen:

- Nr. 1: "Erfüllt der Abnehmer seine Zahlungspflicht nicht, so ist der Verkäufer berechtigt, die Ware in natura zurückzufordern. Mehrfrachten, Versand- und sonstige Kosten sowie eine etwaige Wertminderung sind dem Verkäufer zu ersetzen."
- Nr. 2: "Muß ich wegen Zahlungsverzuges des Käufers Waren zurücknehmen, so behalte ich mir vor, Forderungen für entgangenen Gewinn, Aufwendungen und Wertminderung geltend zu machen und gegen geleistete Zahlungen aufzurechnen."
- Nr. 3: "Daneben kann er nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen Ersatz für seine Aufwendungen sowie für Beschädigungen und sonstige Wertminderung beanspruchen."
- Nr. 4: "Der Anspruch einer etwaigen besonderen Wertminderung bleibt dem Verkäufer vorbehalten."
- Nr. 5: "Fordern wir die Ware auf Grund unseres Eigentumsvorbehalts zurück, so ist der Käufer zur kostenfreien Rückgabe verpflichtet und haftet für den etwaigen Minderwert und den entgangenen Gewinn."
- Nr. 6: "... und Rückgabe der Maschinen sowie Ersatz aller erwachsenen Kosten und Entschädigungen für Minderwert, Transport, Montage und sonstige Auslagen verlangen."

Alle diese Klauseln sprechen nicht von der Überlassungsvergütung, sondern nur von der Wertminderung. Nach h.M. kann die Berechnung und Feststellung der tatsächlichen Wertminderung gesondert erfolgen¹⁾. Allerdings ist dies, wie oben²⁾ erwähnt,

1) Klaub Anm. 213; Cr.-Ostler § 2 Anm. 74; RGZ 138, 28 (33); 147, 344 (351); BGHZ 19, 330 (333) lehnt diese Feststellung ebenfalls nicht grundsätzlich ab.

2) Siehe D. II. 1)a)

kein selbständiger Anspruch neben der Gebrauchsvergütung, und eine Addierung beider Punkte ist also nicht möglich¹⁾.

Die Wertminderung ist nur ein Rechnungsposten bei der Ermittlung des Wertes der Überlassung²⁾. Wertminderung und Überlassungsvergütung können daher nicht begrifflich gleichgesetzt werden³⁾. Grundsätzlich scheinen zwar dennoch die entsprechenden Klauseln zulässig zu sein, da sie nur auf einen, bei der Berechnung der Gebrauchsüberlassung zu berücksichtigenden Einzelposten abstellen. Doch wird dabei übersehen, daß das Gesetz gerade die Festsetzung der Wertminderung als selbständigen Anspruch vermeiden wollte. Wenn auch die gesonderte Berechnung der Wertminderung allgemein als zulässig angesehen wird, folgt daraus jedoch nicht, daß sie als selbständiger Anspruch geltend gemacht werden kann. Auch kann in diesem Fall nicht gesagt werden, es handele sich nur um eine unschädliche falsche Bezeichnung. Gerade der beabsichtigte Zweck, den Anspruch auf Wertminderung als selbständigen Anspruch hinzustellen, soll doch verhindert werden. Insofern verstoßen die entsprechenden Klauseln gegen § 2 I 2 AbzG und sind nach § 2 I 3 AbzG nichtig.

Anders liegt der Fall aber bei folgender Klausel:

Nr. 7: "..., Wertminderungen (z.B. durch Desortierung, Modewechsel, Lagerung und Beschädigungen) sind zu berücksichtigen."

Diese Klausel verlangt nur die Berücksichtigung der Wertminderung, insofern erscheint sie zulässig. Doch werden dabei

1) Klausß Anm. 217

2) Cr.-Ostler § 2 Anm. 73; Rühl S. 275; Klausß Anm. 217 a.E.; Flume JZ 1952, 420 f.; RGZ 169, 140 (143); BGHZ 19, 330 (333)

3) RG in JW 1937, 304 (307) mit zustimmender Anmerkung von Danielcik; ebenso Cr.-Ostler § 2 Anm. 73

Beschädigungen und Modewechsel als Fälle der Wertminderung angesehen. Beschädigungen sind aber, wie bereits ausgeführt wurde¹⁾, im Rahmen des § 2 I 1 AbzG zu ersetzen, sie dürfen aber nicht noch einmal im Rahmen des § 2 I 2 verlangt werden oder - weil mangels Verschulden § 2 I 1 AbzG nicht eingreift - auf dem Umweg über § 2 I 2 AbzG²⁾. Änderungen der Geschmacksrichtung und Veralten infolge neuer Erfindungen sind nach h. M.³⁾ ebenfalls nicht zu berücksichtigen, da insofern der Verkäufer normalerweise das Risiko tragen muß. Das gleiche gilt für Preis- und Konjunkturschwankungen⁴⁾. Demzufolge sind die Wertminderungen durch Beschädigungen und Modewechsel nicht nach § 2 I 2 AbzG zu berücksichtigen. Derartige Vereinbarungen stellen also einen Verstoß gegen § 2 I 2 AbzG dar und sind nach § 2 I 3 AbzG nichtig.

hh) Zusammenfassung: Im Gegensatz zu den Klauseln über den Ersatz von Aufwendungen und Beschädigungen, die nur z.T. gegen § 2 I 3 AbzG verstießen, sind die Klauseln, welche die Überlassungsvergütung regeln, fast ausnahmslos nichtig. Wie Ewald⁵⁾ ausführt, beruht dies entweder auf einer eminenten Unwissenheit der Aufsteller der AGB oder auf ihrem Wunsch, die Käufer zu täuschen. Da ein Großteil der AGB von erfahrenen Juristen aufgestellt wird, erscheint die zweite Möglichkeit wahrscheinlicher. Doch ist dies wohl nur eine beschränkt zutreffende Begründung. Wichtiger und überzeugender erscheinen folgende Punkte: Da durch die gesetzliche Regelung die

- 1) Unter D. II. 2)b)ee)
- 2) Klausß Anm. 209; Cr.-Ostler § 2 Anm. 89
- 3) Aubele § 2 Anm. 17; Cr.-Ostler § 2 Anm. 90; Hörle Gruch. 55, 206; Erman-Weitn.-Klingsp. § 2 AbzG Anm. 5 c I C c; Pal.-Gramm § 2 AbzG Anm. 3 c, cc 2; Lechner § 2 Anm. 4 c; Paul S. 60; LG Frankfurt NJW 1952, 884; LG Nürnberg-Fürth JW 1933, 2168 (2169)
- 4) Vgl. Erman, Pal., Hörle, LG Frankfurt, Aubele, Lechner a.a.O.; Cr.-Ostler § 2 Anm. 87; Klausß Anm. 212; RGZ 138, 28 (34); BGHZ 5, 373 (376); 19, 330 (335)
- 5) Ewald AbzG S. 108

Verfall- und die Fälligkeitsklausel praktisch unmöglich gemacht wurden, versuchte man, sich auf andere Weise Vorteile zu verschaffen. Es ist verständlich, daß dabei in erster Linie auf die Benutzungsvergütung zurückgegriffen wurde. Denn gerade bei diesem Anspruch herrschen in besonderem Maße Unklarheiten und Streitfragen in Literatur und Rechtsprechung. Eine Regelung im für die Aufsteller der AGB positiven Sinne ist also hier besonders erfolgversprechend und vorteilhaft. Prozesse zu diesem Punkte bedeuten für den Kunden ein besonders hohes Risiko; für den, der die AGB aufgestellt hat, besteht andererseits zumindest eine gewisse Chance, mit der streitigen Klausel durchzudringen. Insoweit wird jede Möglichkeit zu einer vorteilhafteren Vertragsgestaltung durch entsprechende Klauseln in den AGB genutzt. Auf der anderen Seite darf nicht verkannt werden, daß die Berechnung der Überlassungsvergütung derart schwierig ist, daß insoweit eine Regelung in den AGB für den Verkäufer notwendig erscheint.

Gleichviel welches auch die Motivation des Verkäufers ist, darf dies jedoch nicht dazu führen, eine Regelung contra legem in den bisher verfolgten Bahnen vorzunehmen. Die Folge eines derartigen Verhaltens muß Nichtigkeit der Klauseln nach § 2 I 3 AbzG sein.

III. Klauseln zu § 3 AbzG

1) Sinn und Zweck der Vorschrift

§ 3 AbzG bildet die Ergänzung der §§ 1 und 2 AbzG. Die nach diesen Vorschriften begründeten gegenseitigen Verpflichtungen sind nach § 3 AbzG Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschrift regelt materielles Recht, hat jedoch wesentliche prozessuale Auswirkungen¹⁾. Sie bringt zum Ausdruck, daß der Käufer die

1) Cr.-Ostler § 3 Anm. 3

Sache nur dann zurückzugeben braucht, wenn ihm gleichzeitig die Leistungen zurückgewährt werden, deren Rückvergütung er beanspruchen kann. Der Verkäufer darf jedoch von den empfangenen Zahlungen den Betrag in Abzug bringen, der zur Deckung nach § 2 AbzG begründeter Ansprüche erforderlich ist¹⁾.

Auch die Vorschrift des § 3 AbzG bezweckt - wie das gesamte AbzG - den Schutz des Käufers. In seinem Interesse soll eine möglichst einheitliche Abwicklung des Rückgewährverhältnisses erfolgen. Er soll davor bewahrt bleiben, die Abzahlungssache herausgeben, seine Ansprüche aber seinerseits einklagen zu müssen²⁾.

2) Klauseln in AGB

Klauseln, welche sich auf die Vorschrift des § 3 AbzG beziehen, sind verhältnismäßig selten.

a) Es wurde nur eine einzige Klausel gefunden, die auf den Gesetzestext verweist:

"Im Falle des Rücktritts sind die bereits gegenseitig erbrachten Leistungen Zug um Zug zurückzugewähren."

Probleme entstehen dabei nicht; da die Klausel den Gesetzestext sinngemäß wiederholt, ist sie als gültig anzusehen. Daraus, daß sie nicht die Verweisung auf die §§ 1 und 2 AbzG erwähnt, kann nichts Gegenteiliges gefolgert werden.

b) Klauseln, die § 3 AbzG abdingen, bilden die Ausnahme. Soweit sie zu finden sind, lauten sie etwa folgendermaßen:

!

1) So Cr.-Ostler § 3 Anm. 1 unter Hinweis auf die Motive zum zweiten Regierungsentwurf zum AbzG

2) Cr.-Ostler § 3 Anm. 2

- Nr. 1: "Gegen diesen Herausgabeanspruch kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht werden."
- Nr. 2: "Wird die gesamte Restschuld nicht sofort bezahlt, so erlischt das Gebrauchsrecht des Bestellers an dem Kaufgegenstand, und der Lieferer ist berechtigt, sofort eine Herausgabe unter Ausschluß jeglichen Zurückbehaltungsrechts zu verlangen."
- Nr. 3: "Jegliches Zurückbehaltungsrecht an den von mir gelieferten Waren ist ausgeschlossen."
- Nr. 4: "Sollten in diesem Zeitpunkt Gegenansprüche des Käufers bestehen, so berechtigen diese nicht zur Zurückbehaltung der gelieferten Waren oder ..."

aa) Alle diese Klauseln sprechen davon, daß gegen Herausgabeansprüche kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann. Geht man von dem Wortlaut der Klauseln aus, wird § 3 AbzG überhaupt nicht getroffen, da § 3 AbzG zumindest kein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 BGB gewährt. Jedoch bleibt dabei unberücksichtigt, daß das Zurückbehaltungsrecht oder die Einrede des Zurückbehaltungsrechts ein genereller Begriff ist, der als Unterart die Einrede des nichterfüllten Vertrages enthält, welche ein Leistungsverweigerungsrecht gibt¹⁾. Auf dieses Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB verweist die Vorschrift des § 348 BGB für die Abwicklung von Rückgewährschuldverhältnissen. Bei Rückgewährschuldverhältnissen braucht also jede Partei die empfangenen Leistungen nur Zug um Zug gegen Rückgabe der eigenen Leistung herauszugeben. Ist der Gegner damit nicht einverstanden, steht der Partei ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

1) Staud.-Werner § 320 I 2 b aa

Ist man der Meinung, § 3 AbzG gewähre nur ein Leistungsverweigerungsrecht¹⁾, so beziehen sich die Klauseln, die von einem Zurückbehaltungsrecht sprechen, unter anderem auch auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 3 AbzG. Die Gültigkeit dieser Klauseln könnte nun in Abrede gestellt werden, weil eine Vorschrift des AbzG abgedungen wird.

Ist man demgegenüber mit der anderen Meinung²⁾ der Überzeugung, § 3 AbzG stelle nicht eine Einrede, sondern eine Anspruchsbeschränkung dar, beziehen sich die entsprechenden AGB-Klauseln überhaupt nicht auf § 3 AbzG, da die Zug um Zug-Leistung in diesem Falle von Amts wegen berücksichtigt werden muß und keine Einrede darstellt, wie es die entsprechenden Klauseln voraussetzen.

bb) Die zuletzt erörterte Ansicht beruft sich hauptsächlich auf den sozialpolitischen Zweck des AbzG. Der Schutz des Käufers sei andernfalls erheblich eingeschränkt, da infolge der Gerichtsstandvereinbarungen häufig der Käufer nicht zum Prozess erscheine oder nicht erscheinen könne, somit aber die Einrede nicht vorbringe und demnach bei Annahme einer Einrede im Versäumnisverfahren ohne die Einschränkung des § 3 AbzG verurteilt werde. Dieses Ergebnis widerspreche dem Sinn des

- 1) So mit ausführlicher Begründung gegen die a.M. Klaus Anm. 233 ff., insbesondere Anm. 238/239; mit anderer Begründung Pal.-Gramm § 3 Anm. 1; ferner Aubele § 3 Anm. 2; Veith RWPBl. 2 D, Abzahlungsgeschäfte III 4; Lechner § 3 Anm. 1; Erman-Weitn.-Klingsp. § 3 Anm. 1; Lüke JZ 59, 114; LG Köln NJW 59, 1831; Ewald AbzG S. 113 ff. läßt diese Frage offen.
- 2) Cr.-Ostler § 3 Anm. 6; v. Bieberstein JZ 59, 647; Kurtze JR 60, 30; Ewald Neues Tz. S. 61 f.; Schl.-Hildebrandt vor § 373 S. 1676; Beuck S. 59 Fußnote 137; Samter S. 70; Hörle Gruch. 55, 220; Lubbe JW 1938, 1990; Püschel DR 1939, 1044 (1045); Alberty DR 1939, 1776 (1779); OLG Bremen NJW 1952, 347 (348); LG Krefeld-Uerdingen JW 1935, 1113 (1114)

AbzG und sei bei Annahme einer Anspruchsbeschränkung zu vermeiden¹⁾. Demgegenüber weist die andere Ansicht²⁾ darauf hin, daß diese Begründung den Schutz des Käufers über den vom AbzG verfolgten Zweck hinaus ausdehne³⁾. Zwar seien die Nachteile der Lösung für den Käufer im Versäumnisverfahren nicht zu verkennen, doch sei diesen Nachteilen nicht durch eine ausdehnende Auslegung des § 3 AbzG abzuhelpen, die dem allgemeinen Recht widerspreche und nicht, wie Ostler⁴⁾ es mache, dem Wortlaut der Vorschrift und der Begründung des Entwurfs zu entnehmen sei⁵⁾. Für diese Meinung, die in § 3 AbzG nur eine Einrede sieht, sprechen neben den bisher vorgetragenen Argumenten vor allem noch folgende Überlegungen: Nach Art. 32 Satz 2 EGBGB sind vor dem BGB erlassene Reichsgesetze so auszulegen, als ob sie mit den Vorschriften des BGB in demselben Gesetz enthalten wären⁶⁾. Der Begriff der Erfüllung Zug um Zug muß daher im AbzG der gleiche sein wie nach den Vorschriften des BGB (§§ 320, 322, 273, 274 BGB), also eine vom Schuldner zu erhebende Einrede⁷⁾. Damit steht die bei der Rückabwicklung eines Abzahlungsgeschäfts getroffene gesetzliche Regelung der entsprechenden Vorschrift des § 348 BGB beim allgemeinen Rücktrittsrecht gleich. § 3 AbzG stellt praktisch nur eine Vorwegnahme dieser Regelung dar⁸⁾. Zwar ergeben sich daraus gerade in Versäumnisverfahren Nachteile für den Käufer. Diese sind aber nicht so vorrangig oder gravierend, daß eine über den Wortlaut des § 3 AbzG hinausgehende Auslegung notwendig und gerechtfertigt wäre, wie Ostler⁹⁾ annimmt. Es ist daher der

- 1) Cr.-Ostler § 3 Anm. 7
- 2) Insbesondere Weitrn.-Klingsp. und Klausß a.a.O.
- 3) Ebenso LG Köln NJW 59, 1831; Lücke JZ 59, 114; Klausß Anm. 239
- 4) Cr.-Ostler § 3 Anm. 7
- 5) Weitrn.-Klingsp. und Klausß a.a.O.
- 6) RGZ 63, 346 (349); Pal.-Dankelmann Art. 32 EGBGB Anm. 1; Cr.-Ostler Einl. Anm. 21; Erman-Weitrn.-Klingsp. § 3 AbzG Anm. 1
- 7) Erman-Weitrn.-Klingsp. § 3 AbzG Anm. 1; Pal.-Gramm § 3 Anm. 1
- 8) Klausß Anm. 238; Lücke JZ 59, 114; Erman-Weitrn.-Klingsp. § 3 Anm. 1
- 9) a.a.O.

hauptsächlich von Klaus, Weitr.-Klingsp. und Gramm¹⁾ vertretene Ansicht der Vorzug zu geben und § 3 AbzG als Leistungsverweigerungsrecht aufzufassen, welches dem Käufer die Möglichkeit der Einrede gibt.

Damit ist § 3 AbzG mit den Vorschriften des BGB gleichzusetzen und als Leistungsverweigerungsrecht anzusehen, dessen Berücksichtigung erst auf eine entsprechende Einrede des Käufers statthaft und möglich ist²⁾. - Wenn man diese Gleichstellung von § 3 AbzG und den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften bejaht, scheint es naheliegend, ebenso wie bei den §§ 348/320 BGB anzunehmen, daß auf die Geltendmachung der Einrede bei Abschluß des Vertrages verzichtet werden kann³⁾. Die Vertreter der hier befürworteten Meinung, daß § 3 AbzG als Leistungsverweigerungsrecht aufzufassen sei, äußern sich jedoch nicht zu dieser Frage. Bei der Beantwortung muß der Sinn und Zweck des AbzG berücksichtigt werden. Es ist zu bedenken, daß der Käufer in dem Wunsch, die Sache sofort zu besitzen, und in dem Vertrauen darauf, daß er die Raten ordnungsgemäß tilgen werden könne, selbst drückende und unbillige Bedingungen in Kauf nimmt, auch wenn er ihren für ihn negativen Charakter erkennt. Auch steht fest, daß die Verkäufer diese Bereitschaft der Käufer erkannt haben und ausnutzen. Unter Berücksichtigung dieser Gegebenheiten muß auch für den Fall, daß man in § 3 AbzG ein Leistungsverweigerungsrecht sieht, wenigstens insoweit eine Unterscheidung gegenüber den BGB-Vorschriften getroffen werden, daß § 3 AbzG nicht bei Vertragsschluß abgedungen werden kann. § 3 AbzG enthält insoweit

1) a.a.O.

2) Klaus Anna. 240; vgl. ferner die Kommentare zum BGB

3) So für §§ 348/320 BGB die h.M.: Staud.-Werner § 320 III a.E.; Soergel-Schmidt § 320 Anm. 1; Wilde in RGRK-BGB § 320 Anm. 1 a.E.; RGZ 136, 407 (412/413); auch ist dies aus § 320 I 1 BGB Schlußabsatz zu entnehmen.

eine zwingende Regelung. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig¹⁾.

cc) Dieses Ergebnis hat folgende Auswirkungen auf die Klauseln, die das Zurückbehaltungsrecht des Käufers gegenüber Herausgabeansprüchen abdingen:

Da diese Klauseln von der generellen Einrede des Zurückbehaltungsrechts ausgehen, wird von ihnen auch das in § 3 AbzG dem Käufer gewährte Leistungsverweigerungsrecht erfaßt. Da ferner jedoch eine Abdingung des § 3 AbzG als unzulässig anzusehen ist, verstoßen die entsprechenden Klauseln gegen § 3 AbzG und sind nichtig. Der sozialpolitische Zweck des AbzG verbietet es, einen vorherigen Verzicht des Käufers auf die Einrede des § 3 AbzG zuzulassen.

c) Um zu zeigen, daß eine Abdingung des § 3 AbzG nicht nur in der bisher erörterten Weise vorkommt, sei zum Abschluß noch folgende Klausel erörtert:

"Der Hersteller hat nach Rückgabe des Instruments die geleisteten Zahlungen zurückzugewähren, kann davon aber den Betrag für die infolge der Vereinbarungen gemachten Aufwendungen, wie ..., in Abzug bringen."

Diese Klausel sagt ausdrücklich nichts über die Zug um Zug-Rückgewähr aus, gibt vielmehr den - richtigen - Gedanken wieder, daß dem Käufer grundsätzlich die geleisteten Zahlungen zurückzugewähren sind. Aus der Formulierung "nach Rückgabe" ist jedoch zu entnehmen, daß der Käufer zur Vorleistung verpflichtet sein soll. Dieses Ergebnis will aber gerade § 3 AbzG vermeiden. Die entsprechende Klausel verstößt also gegen die zwingende Vorschrift des § 3 AbzG und ist daher nichtig.

1) Cr.-Ostler § 3 Anm. 31

d) Zusammenfassung: Betrachtet man das Ergebnis der Untersuchungen, so stellt man fest, daß die Klauseln zu § 3 AbzG - die verhältnismäßig selten sind - überwiegend nur ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht des Käufers gegenüber Herausgabeansprüchen des Verkäufers ausschließen. Die Gültigkeit dieser Klauseln hängt in erster Linie von der Frage ab, ob § 3 AbzG ein Leistungsverweigerungsrecht oder eine Anspruchsbeschränkung darstellt. Sieht man § 3 AbzG als Leistungsverweigerungsrecht an, ist weiter die Möglichkeit des Ausschlusses zu prüfen. Dabei gelangt man zu dem Ergebnis, daß § 3 AbzG im Gegensatz zu den Leistungsverweigerungsrechten des BGB nach Sinn und Zweck des AbzG als nicht abdingbar anzusehen ist und die entsprechenden Klauseln daher gegen das AbzG verstoßen und nichtig sind. Auch andere Klauseln, welche die Zug um Zug-Einrede schon bei Vertragsschluß abdingen, müssen daher nichtig sein.

IV. Klauseln zu § 4 AbzG

1. Teil: Klauseln zu § 4 I AbzG

1) Die gesetzliche Regelung

§ 4 I AbzG will den Käufer gegen zu hohe Vertragsstrafen schützen. Eine überhöhte Vertragsstrafe kann daher nach dieser Vorschrift auf Antrag des Käufers durch Urteil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden, allerdings nur eine Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung¹⁾. Da § 4 I AbzG nur regelt, wann eine Vertragsstrafe herabgesetzt werden kann, ist von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Vertragsstrafe auszugehen. Es gelten insoweit die allgemeinen dispositiven Vorschriften der §§ 339 ff. BGB. Abänderungen dieser allgemeinen Vorschriften sind zulässig²⁾.

1) Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 Anm. 2; Cr.-Ostler § 4 Anm. 8; Klaus Anm. 314

2) Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 Anm. 3 d; Cr.-Ostler § 4 Anm. 17 und 33; Klaus Anm. 316; Erman-Westermann § 339 Anm. 2, § 340 Anm. 1: ferner die anderen Kommentare zum BGB

Auch die Parteien des Abzahlungsgeschäftes können daher Vertragsstrafen nach ihrem Belieben vereinbaren. Der Schutz des § 4 I AbzG reicht nur dahin, den Käufer vor unverhältnismäßig hohen Strafen zu schützen. Diesem Schutzgedanken ist zu entnehmen, daß § 4 I AbzG zwingendes Recht ist¹⁾. Vereinbarungen, welche die Möglichkeit der Herabsetzung abdingen, sind also nichtig, und zwar unabhängig davon, ob die Vertragsstrafe bereits verwirkt ist oder nicht. Die Verwirkung ist nur insofern von Bedeutung, als erst von diesem Zeitpunkt an Herabsetzung verlangt werden kann.

2) Die Klauseln in AGB

Ebenso wie zu § 1 AbzG wurde auch zu § 4 I AbzG nur eine entsprechende Klausel, und zwar im Bereich der Zigarettenindustrie, angetroffen:

"Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe ist ausgeschlossen. Die Strafe beträgt ..."

Diese Klausel schließt die Herabsetzung aus; sie verstößt damit gegen den zwingenden Charakter des § 4 I AbzG. Sie ist daher nichtig.

2. Teil: Klauseln zu § 4 II AbzG

1) Sinn und Zweck des § 4 II AbzG

Neben der Verwirkungsklausel brachte die Verfallklausel besondere Nachteile für den Käufer. Es mußte daher auch die Verfallklausel im AbzG geregelt werden. Dies geschah in § 4 II AbzG. Damit wurde diese Bestimmung zu einer der wichtigsten

1) Erman-Weithn.-Klingsp. § 4 AbzG Anm. 7; Cr.-Ostler § 4 Anm. 54; vgl. auch Erman-Westermann § 343 Anm. 2; BGHZ 5, 133 (136)

Vorschriften des AbzG. Dies wird auch aus ihrer häufigen Berücksichtigung in AGB ersichtlich. Im Gegensatz zu der Verwirkungsklausel wurde aber die Verfallklausel nicht grundsätzlich für nichtig erklärt. Dieses Ergebnis ist aus dem Sinn und Zweck des AbzG zu gewinnen: Der Käufer soll vor besonders krassen Nachteilen geschützt werden, die dadurch entstehen können, daß seine geschäftliche Unerfahrenheit von dem Verkäufer ausgenutzt wird. Einen solchen besonders unbilligen Nachteil bildet in jedem Fall die Verwirkungsklausel. Bei der Verfallklausel liegt es aber etwas anders. Zwar bringt auch die Verfallklausel besondere Nachteile für den Käufer. Auf Grund der Klausel tritt die sofortige Fälligkeit der Restschuld ein; damit muß der Käufer trotz der Entziehung der Kreditgewährung den vollen Abzahlungskaufpreis entrichten, obwohl dieser Preis gerade im Hinblick auf die vereinbarte Teilzahlung allgemein erheblich über dem Barkaufpreis liegt¹⁾; da Abzahlungsgeschäfte zudem meist gerade von Käufern abgeschlossen werden, deren wirtschaftliche Lage einen Barkauf nicht gestattet, können die Käufer meist den Restkaufpreis nicht auf einmal erbringen und verlieren daher schließlich die Sache endgültig.

Dennoch ist die Situation bei der Verfallklausel anders als bei der Verwirkungsklausel. Bei der Verwirkungsklausel verliert der Käufer praktisch einen Teil seiner Zahlungen ohne Gegenleistung. Bei der Verfallklausel aber verliert der Käufer nur besondere ihm gewährte Vergünstigungen, für die er - abgesehen von den Teilzahlungszuschlägen - jedoch keine Gegenleistung erbringen muß. Demnach erscheint eine verschiedene Behandlung von Verwirkungs- und Verfallklausel in der

 1) Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 Anm. 10; Cr.-Ostler § 4 Anm. 58; Klauß Anm. 341; RGZ 136, 137 (140)

Weise gerechtfertigt, daß die Verfallklausel im Gegensatz zur Verwirkungsklausel grundsätzlich gültig ist. Da aber die Verfallklausel, wie oben angedeutet, dennoch eine besondere Härte für den Käufer darstellt, ist sie auf Grund des § 4 II AbzG eingeengt. Der Käufer soll nicht schon bei geringfügigen Verletzungen seiner Vertragspflichten den gesamten Restkaufpreis auf einmal zahlen müssen und die damit verbundenen Nachteile zu tragen haben¹⁾. Dieses will § 4 II AbzG verhindern, indem er bestimmte Mindestanforderungen für das Eingreifen der Verfallklausel verlangt. Aus dieser Sicht ist die Frage zu beantworten, welche Folgen sich für Klauseln ergeben, die gegen diese gesetzlichen Mindestvoraussetzungen verstoßen. Eine grundsätzliche Nichtigkeit der Klauseln würde zu weit gehen. § 4 II AbzG soll keine Strafvorschrift zum Nachteil des Verkäufers, sondern nur ein Schutz des Käufers vor übermäßig harten Vertragsbestimmungen sein²⁾.

Andererseits würde jedoch ein dispositiver Charakter der Vorschrift den Schutzzweck vereiteln. Es ist daher die Nichtigkeit entgegenstehender Vereinbarungen nur insoweit anzunehmen, als die Vereinbarungen nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen des § 4 II AbzG entsprechen. Im übrigen aber bleiben entgegenstehende Klauseln, soweit dieses ihrem Inhalt nach möglich ist, bestehen³⁾, es sei denn, es wird dadurch eine Umgehung des Gesetzes angestrebt. Im letzteren Fall können die Klauseln nicht gültig sein⁴⁾.

-
- 1) Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 Anm. 10; Ewald AbzG S. 46
 - 2) Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 AbzG Anm. 14 a; Ewald AbzG S. 44; Klaus Anm. 357; Cr.-Ostler § 4 Anm. 88; Rühl S. 251; RGZ 64, 92 (94)
 - 3) Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 AbzG Anm. 14 a; Cr.-Ostler § 4 Anm. 88; Klaus Anm. 357; Pal.-Gramm § 4 AbzG Anm. B 1 a; Ewald AbzG S. 43/44
 - 4) Klaus Anm. 356; Cr.-Ostler § 4 Anm. 82

2) Die gesetzlichen Mindestanforderungen

Es soll nun ein kurzer Überblick über die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben werden, um dann anhand der zur Verfügung stehenden Klauseln die praktische Abgrenzung vornehmen zu können.

§ 4 II AbzG läßt die Verfallklausel nur wegen Zahlungsverzuges des Käufers und nur unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen zu. Wegen Verletzung sonstiger Vertragspflichten ist eine Verfallklausel nicht möglich¹⁾.

Eine gültige Verfallklausel setzt gemäß § 4 II AbzG voraus, daß der Käufer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungsraten ganz oder teilweise im Verzug ist und der Betrag, mit dessen Zahlung er im Verzug ist, mindestens dem zehnten Teil des Kaufpreises der übergebenen Sache gleichkommt. Der Käufer muß in Verzug sein (vgl. §§ 284/285 BGB). Die Nichtzahlung muß also von ihm zu vertreten sein. Weiter muß der Verzug mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungsraten eingetreten sein. Teilzahlungen sind dabei nur solche Raten, die nach dem im Vertrag vorgesehenen Zeitpunkt der Übergabe, frühestens in diesem Zeitpunkt fällig werden²⁾. Es reicht aus, wenn die Raten teilweise ausstehen. Auch ein geringfügiger Rückstand reicht aus, sofern der gesamte Betrag, mit dem der Käufer in Rückstand ist, ein Zehntel des Kaufpreises der übergebenen Sache beträgt. Bei der Berechnung sind sämtliche rückständigen Raten zu berücksichtigen, mit denen der Käufer im Verzug ist, auch etwaige nicht geleistete Anzahlungen. Auszugehen ist bei der Berechnung von dem gesamten Kaufpreis der Sache.

- 1) Bei anderen Fällen als der Nichterfüllung von Vertragspflichten ist daher eine Vereinbarung möglich, da § 4 II AbzG nicht eingreift. So Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 Anm. 15; Cr.-Ostler § 4 Anm. 61/82; Klaus Anm. 356; Pal.-Gramm § 4 Anm. B 1 b zum AbzG
- 2) Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 AbzG Anm. 11 b

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist eine Verfallklausel nach § 4 II AbzG zulässig und gültig.

3) Die Klauseln im einzelnen

a) Da gerade im Bereich des § 4 II AbzG die Klauseln sehr zahlreich sind, finden sich auch entsprechend häufig Klauseln, die auf den Gesetzestext verweisen oder ihn wiederholen. Die Arten der Formulierung sind dabei sehr verschiedenartig:

Nr. 1: "Verfallklausel gemäß § 4 II AbzG."

Nr. 2: "Kommt ein Besteller, dem Teilzahlung zugestanden worden ist, bei zwei aufeinanderfolgenden Raten mit einem Betrag von insgesamt mehr als Zehn von Hundert des Kaufpreises in Verzug, dann wird die ganze Forderung sofort fällig."

Nr. 3: "Ist der Besteller mit zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungsraten ganz oder teilweise und in Höhe von mindestens 1/10 des Kaufpreises in Verzug, so wird der gesamte Restbetrag ohne Mahnung fällig. Bei Händlern tritt die Fälligkeit schon dann ein, wenn sie mit einer Rate ganz oder teilweise in Verzug sind."

Nr. 4: "Der ganze Restbetrag der Forderung der Gesellschaft an den Kunden kann fällig erklärt werden, wenn der Kunde mit zwei aufeinanderfolgenden Raten und mindestens dem 10. Teil des Gesamtkredites in Verzug ist."

Diese Klauseln enthalten, soweit sie sich nicht allein auf die Verweisung beschränken, als Voraussetzung der Verfallklausel Verzug mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten und einem Betrag, der mindestens dem 10. Teil des Kaufpreises der übergebenen Sache entspricht. Dieses sind jedoch gerade die Mindesterfordernisse der gesetzlichen Regelung des § 4 II AbzG. Für die Gültigkeit derartiger Klauseln, die sämtliche Mindestforderungen des Gesetzes erfüllen, ergeben sich daher

keine besonderen Probleme. Die entsprechenden Klauseln sind gültig. Nur bei der Klausel Nr. 3 taucht ein Problem auf. Dort ist ausgeführt, daß bei Händlern schon bei Verzug mit einer Rate die Fälligkeit eintritt. Diese Formulierung erscheint im ersten Moment zulässig. Für Kaufleute gilt nämlich das AbzG nicht. Doch stellt § 8 AbzG auf die Eintragung ins Handelsregister ab. Diese Eintragung ist aber nicht bei allen Händlern gegeben. Da die Klausel aber für alle Händler gelten soll, verstößt sie gegen das AbzG und ist nichtig; sie erfaßt nämlich auch Personen, für die der Schutz des AbzG gilt.

b) Klauseln, die scheinbar den Wortlaut des Gesetzes sinngemäß wiederholen, dennoch aber das eine oder andere gesetzlich geforderte Element außerachtlassen, sind ebenfalls häufig. Derartige Klauseln lauten etwa:

Nr. 1: "Sollte der Käufer, wenn auch unverschuldet, mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten - oder wenn diese nicht den 10. Teil des Kaufpreises ausmachen, dann erst bei diesem Rückstand - in Verzug bleiben, so ist die Firma berechtigt, den gesamten Restbetrag sofort zu fordern."

Nr. 2: "Sind Ratenzahlungen vereinbart, so wird der gesamte Rechnungsbetrag fällig, wenn zwei Raten hintereinander ausbleiben."

Nr. 3: "... oder bleibt der Käufer bei Vereinbarung von Ratenzahlungen mit zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder zum Teil in Rückstand, so ist ohne weitere Inverzugsetzung der ganze Kaufpreisrest sofort fällig."

Nr. 4: "Bei Ratenzahlungsvereinbarungen wird der Kaufpreis sofort fällig, wenn der Käufer mit zwei Raten im Rückstand ist."

Ein besonders eindrucksvolles Beispiel ist die Klausel Nr. 1. Sie enthält alle Mindestanforderungen des § 4 II AbzG, und

man ist geneigt, sie als einen Fall der Wiederholung des Gesetzestextes mit eigenen Worten anzusehen. Dabei bleibt jedoch der eingeschobene kurze Nebensatz "wenn auch unverschuldet" unbeachtet. § 4 II AbzG geht gerade davon aus, daß die Nichtzahlung vom Käufer zu vertreten ist, also ist die Fälligkeitsabrede für den Fall, daß den Käufer kein Verschulden trifft, nicht möglich¹⁾. Sie verstößt gegen § 4 II AbzG und ist daher nichtig. Obwohl also scheinbar die Klausel alle Mindestforderungen des § 4 II AbzG erfüllte, wurde der Sinn der gesetzlichen Vorschrift doch entstellt.

Ähnliche Verstöße gegen § 4 II AbzG enthalten auch die übrigen angeführten Klauseln. Sie sprechen alle davon, daß die Fälligkeit des Gesamtbetrages nur bei dem Ausbleiben von zwei Raten eintritt. Während die Klauseln Nr. 2 und Nr. 3 aber noch von zwei aufeinanderfolgenden Raten sprechen, ist dies bei der Klausel Nr. 4 nicht der Fall. Bei ihr liegt also insofern schon ein Verstoß gegen § 4 II AbzG vor. Darüber hinaus verlangen alle drei Klauseln keinen Verzug des Käufers. Es ist danach gleichgültig, aus welchem Grunde der Käufer mit der Zahlung in Rückstand gerät. Auch dies stellt einen Verstoß gegen § 4 II AbzG dar. Schließlich enthält keines der drei Beispiele die Bestimmung, daß der Betrag, mit dem der Käufer in Verzug ist, mindestens ein Zehntel des Kaufpreises ausmachen muß. Auch dies stellt einen Verstoß gegen § 4 II AbzG dar. Denn obwohl alle diese Abweichungen vom Gesetzeswortlaut nur geringfügig erscheinen, sind sie doch schon jede für sich geeignet, den Zweck des § 4 II AbzG zu vereiteln, nämlich schon bei unter Umständen geringfügigen Vertragsverletzungen die Fälligkeitsklausel eintreten zu lassen. Um diese Vereitelung des Gesetzeszweckes auszuschließen, tritt zwar keine völlige Nichtigkeit der Klauseln ein, sie sind jedoch

1) Klaus Anm. 342

nur im Rahmen der gesetzlichen Mindestforderung gültig. Soweit diese Voraussetzungen in den Klauseln fehlen, sind sie also ergänzend hinzuzufügen.

c) Es ist auffällig, daß Klauseln in AGB, die sich überhaupt nicht an den Wortlaut und Sinn des Gesetzes halten, meist nicht nur für den Fall der Nichterfüllung der Ratenzahlungspflicht, sondern auch für eine Reihe anderer Fälle die Verfallklausel festsetzen. Doch soll zunächst der Fall untersucht werden, daß die Fälligkeit bereits für den Fall des Verzuges mit einer Rate vereinbart ist. Diese Klausel ist wohl am häufigsten anzutreffen und zwar in den verschiedensten Formulierungen:

- Nr. 1: "Alle Forderungen sind sofort fällig, wenn die Zahlungsbedingungen nicht eingehalten werden oder ..."
- Nr. 2: "Der Eintritt von Verzug hat zur Folge, daß der ganze Kaufpreis sofort fällig wird und ..."
- Nr. 3: "Bei Zahlungen in Teilbeträgen ist bei Ausfall einer Rate die ganze Restsumme fällig."
- Nr. 4: "Bleibt der Besteller mit einer fälligen Zahlung in Rückstand oder ..., so kann der Lieferer ohne weiteres sofortige Barzahlung verlangen."
- Nr. 5: "Bei vereinbarten Ratenzahlungen wird sofort der ganze Betrag fällig, falls der Besteller mit einer Rate länger als vier Wochen im Rückstand bleibt."
- Nr. 6: "Bei gänzlichem oder teilweisem Zahlungsverzug wird der ganze Kaufpreis sofort fällig."

Alle diese Klauseln sprechen von Zahlungsverzug mit einer Rate oder von Zahlungsverzug als solchem. Soweit die Klauseln nur vom Verzug sprechen (Nr. 1, 2 und 6), ohne die Zahl der Raten anzugeben, mit denen der Käufer in Verzug sein muß, liegt der Fall ähnlich wie bei den unter b) erörterten Klauseln. Durch das Fehlen des als Einschränkung in § 4 II AbzG

geforderten Verzuges mit zwei aufeinanderfolgenden Raten sind die entsprechenden Klauseln zu weit gefaßt und verstoßen gegen § 4 II AbzG und den mit diesem Paragraphen verbundenen Schutzzweck. Dieser Verstoß hat jedoch nicht, wie oben¹⁾ ausgeführt, die generelle Nichtigkeit der Klauseln zur Folge, so daß die Verfallklausel völlig beseitigt wird, sondern die Verfallklausel wird im Rahmen der gesetzlichen Mindestanforderungen aufrechterhalten.

Anders liegt es bei den Klauseln Nr. 3 bis Nr. 5, welche die Fälligkeit der Restsumme für den Verzug mit einer Rate festlegen. Sie lassen nicht nur - was im Ergebnis unter Umständen noch größere Nachteile bringen kann - eines der Mindestanforderungen weg, sondern ändern es ab. Diese Abänderung ist ein Verstoß gegen die zwingende Vorschrift des § 4 II AbzG und daher nichtig. Ebenso wie bei den fortgelassenen Merkmalen fehlt nun auch hier infolge der Nichtigkeit der Abänderung eine der Mindestanforderungen des § 4 II AbzG. Entsprechend tritt auch in diesen Fällen keine Nichtigkeit der gesamten Klauseln ein - was über den bezweckten Schutz des Käufers hinausginge -, sondern gemäß den gesetzlichen Erfordernissen werden die Klauseln aufrechterhalten. Es bestehen also gegenüber den unter b) erzielten Ergebnissen keine Abweichungen. Die Klauseln als Fälligkeitsvereinbarungen sind gültig, allerdings nur im Rahmen der Mindestanforderungen des § 4 II AbzG. Soweit Wechsel in Zahlung gegeben werden, ist die Nichteinlösung des Wechsels der Nichtzahlung gleichzusetzen²⁾.

1) D. IV. 2. Teil, 1)

2) Darüber, daß auch bei der Verwendung von Wechseln Abzahlungsgeschäfte - bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen - gegeben und zulässig sind, vgl. Beuck S. 23/24; ebenso BGHZ 15, 171 (172); zur Abgrenzung ferner BGH in LM § 1 AbzG Nr. 1 und BGH in WM 1956, 315 f.

d) Gegenüber den bisherigen Klauseln, die alle noch in mehr oder minder starkem Zusammenhang zu § 4 II AbzG standen, bilden die folgenden Klauseln eine weitergehende Abweichung. Gingen die bisherigen Klauseln alle noch von der Nichterfüllung der Patenzahlungspflicht als Voraussetzung der Fälligkeitsklausel aus, so stellen die nun folgenden Klauseln auf andere Umstände ab.

aa) Zuerst seien Klauseln folgender Art erörtert:

- Nr. 1: "Die Unterlassung der Anzeige (gemeint ist die Anzeige des Wohnungswechsels, die Anzeige der Pfändung der Abzahlungssache durch Dritte etc.) hat die sofortige Fälligkeit der gesamten Restschuld zur Folge."
- Nr. 2: "Kommt der Käufer seinen Zahlungs- und Versicherungspflichten und den aus dem Eigentumsvorbehalt des Verkäufers hervorgehenden Verpflichtungen nicht nach, ..., so wird die gesamte Restschuld fällig."
- Nr. 3: "Erfolgt die Sicherheitsleistung auf unser Ersuchen hin nicht, so wird unsere Forderung sofort fällig."
- Nr. 4: "Verstößt der Käufer gegen eine dieser Vereinbarungen, so werden alle Forderungen des Verkäufers an den Käufer sofort fällig."
- Nr. 5: "Wenn ..., oder wenn der Kaufgegenstand vertragswidrig benutzt wird, wird die Restgesamtdarlehensschuld sofort fällig."
- Nr. 6: "Alle Forderungen gegen den Besteller werden sofort fällig, wenn er ... oder gegen die vertraglichen Bestimmungen einschließlich dieser Bedingungen verstößt."

Alle derartigen Klauseln stellen bei dem Eintritt der Fälligkeit auf die Nichterfüllung von Vertragspflichten ab, die nicht die Hauptpflicht - also die Kaufpreiszahlung in Raten -,

sondern Nebenpflichten darstellen. Wie bereits oben¹⁾ dargestellt, ist aber die Fälligkeitsklausel für den Fall der Verletzung von Nebenpflichten aus dem Verträge nicht zulässig. Die entsprechenden Klauseln sind daher als Verstoß gegen § 4 II AbzG nichtig²⁾.

bb) Nunmehr sollen die Klauseln untersucht werden, welche ohne nähere Angaben die mangelnde Kreditwürdigkeit des Käufers als Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit ansehen. Derartige Klauseln lauten etwa:

- Nr. 1: "Alle Forderungen sind sofort fällig, wenn die Zahlungsbedingungen nicht eingehalten oder uns nach dem jeweiligen Abschluß Umstände bekannt werden, die nach unserer Ansicht geeignet sind, die Kreditwürdigkeit des Käufers zu mindern."
- Nr. 2: "Nichteinhaltung der Zahlungsbedingungen oder Umstände, die uns nach dem jeweiligen Abschluß bekannt werden und die Kreditwürdigkeit des Bestellers zu mindern geeignet sind, haben die sofortige Fälligkeit aller unserer Forderungen zur Folge."
- Nr. 3: "Bleibt der Besteller mit einer fälligen Zahlung in Rückstand oder werden dem Lieferer nach Vertragsabschluß Umstände bekannt, die die Kreditwürdigkeit des Bestellers herabmindern, so kann der Lieferer ohne weiteres sofortige Barzahlung verlangen ..."
- Nr. 4: "Nichteinhaltung der Zahlungsbedingungen - auch für Teillieferungen - oder das Eintreten besonderer Umstände, die die Kreditwürdigkeit des Bestellers herabmindern, berechtigen uns ohne weiteres, die sofortige Fälligkeit aller unserer Forderungen zur Folge zu haben."

1) D. IV. 2. Teil, 2)

2) Vgl. auch im folgenden D. IV. 2. Teil, 3)d)bb)

tige Barzahlung der gelieferten Ware zu verlangen, ferner ..."

- Nr. 5: "Die Lieferungspflicht setzt unbedingte Kreditwürdigkeit des Käufers voraus. Sollte in der Person des Käufers oder in seinen Vermögensverhältnissen eine Verschlechterung eintreten oder der Lieferer eine ungünstige Auskunft über den Käufer durch eine Auskunft oder Bank erhalten, so wird der Preis sofort fällig."
- Nr. 6: "Werden dem Lieferer nach Vertragsabschluß Umstände bekannt, die die Kreditwürdigkeit des Käufers herabmindern, so ist der Lieferer ohne weiteres berechtigt, die sofortige Bezahlung ... zu verlangen."
- Nr. 7: "Ohne Rücksicht auf die vereinbarte Zahlungsweise kann jeder Zeit Zahlung verlangt werden, falls Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Käufers bestehen oder ..."
- Nr. 8: "Bei Zielüberschreitung von mehr als 4 Wochen oder wesentlicher Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Käufers, sowie bei Gefahr in Verzug können wir die eingeräumten Kredite fristlos kündigen und ihre sofortige Abdeckung beanspruchen."

Diese Auswahl mag genügen, um den Charakter der entsprechenden Klauseln deutlich zu machen. Die allein vom Verkäufer festgestellte mangelnde Kreditwürdigkeit soll danach als Fälligkeitsgrund angesehen werden.

Geht man vom Gesetzeswortlaut aus, ist die Zulässigkeit der Verfallklausel auf die Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen beschränkt, und zwar muß die Nichterfüllung mindestens das gesetzlich festgelegte Maß - also Verzug mit zwei aufeinanderfolgenden Raten und mindestens ein Zehntel des Kaufpreises - erreichen oder überschreiten. Andere Vertragsverletzungen werden als nicht schutzwürdig im Sinne des § 4 II AbzG angesehen, so daß sie nicht als Begründung der

Verfallklausel ausreichen und daher unwirksam sind¹⁾. Dies bedeutet keine Überspannung des Käuferschutzes, denn dem Verkäufer steht es ja offen, sich bei geringfügigeren Vertragsverletzungen den Rücktritt vorzubehalten oder eine Vertragsstrafe zu vereinbaren²⁾. Der Sinn und Zweck des § 4 II AbzG geht nur dahin, die Fälligkeit der gesamten Restschuld bei geringen Verstößen gegen den Vertrag zu verhindern.

Offen bleibt jedoch, ob Verfallklauseln gültig sind, die nicht an den Tatbestand der Nichterfüllung anknüpfen, sondern von anderen Voraussetzungen ausgehen. Sie werden von § 4 II AbzG nicht erfaßt, fallen daher in den Bereich des dispositiven Rechts und sind daher grundsätzlich zulässig³⁾. Doch sind bei einer derartigen Abgrenzung Umgehungen des § 4 II AbzG leicht möglich. Es wird z.B. an Tatbestände angeknüpft, die außerhalb der Vertragspflichten liegen, die aber unmittelbar damit zusammenhängen; § 4 AbzG greift nun nicht ein, der Erfolg, den § 4 II AbzG verhindern will, wird aber dennoch erreicht.

Neben diesen aus dem AbzG entwickelten Maßstäben sind in Zweifelsfällen auch die allgemeinen Kriterien zur Bewertung von Vertragsklauseln heranzuziehen. Jedoch konzentrieren sich die Untersuchungen auf die aus dem AbzG gewonnenen Maßstäbe.

Unter diesen Gesichtspunkten ist der Tatbestand der "mangelnden Kreditwürdigkeit" zu beurteilen. Es handelt sich um einen sehr weit gefaßten Begriff, denn die Umstände, die die Kreditwürdigkeit des Käufers herabmindern, können sehr verschiedenartig sein, auch die Nichteinhaltung vertraglicher Neben-

1) H.M.: Ewald AbzG S. 45; Cr.-Ostler § 4 Anm. 61 und 82; Klaus Anm. 356; Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 AbzG Anm.15; vgl. auch oben D. IV. 2. Teil, 2)

2) Klaus Anm. 355

3) H.M.: Cr.-Ostler § 4 Anm. 61/82; Klaus Anm. 356; Pal.-Gramm § 4 AbzG Anm. B 1 b; Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 AbzG Anm. 15; vgl. auch oben D. IV. 2. Teil, 2) Anm. 3

pfllichten, z.B. die Verletzung der Versicherungspflicht, kann ein solcher Umstand sein. Gerade bei derartigen Vertragsverletzungen will § 4 II AbzG aber die Verfallklausel ausschließen. Allein aus diesen Überlegungen sind daher diese Klauseln schon als unzulässig anzusehen. Dieses Ergebnis wird durch die folgende Überlegung bestätigt:

Die Klauseln stellen darauf ab, daß nach Vertragsschluß Umstände bekannt werden, welche die Kreditwürdigkeit mindern. Holt der Verkäufer trotz erheblicher Zweifel vor Vertragsschluß keine genauen Erkundigungen über die Vermögensverhältnisse des Käufers ein, sondern erst danach, so hat er bei ungünstiger Auskunft die Möglichkeit, den gesamten Restpreis zu fordern. Es eröffnet sich ihm dadurch die Möglichkeit, die Werbewirksamkeit des Abzahlungsgeschäfts für ein Geschäft zu nutzen, das praktisch einem Barzahlungsgeschäft gleichkommt. Diese Überlegungen lassen die Klauseln auch nach allgemeinen Kriterien - § 242 BGB - als unzulässig erscheinen. Soweit die Klauseln die Fälligkeit von der "mangelnden Kreditwürdigkeit" abhängig machen, sind sie daher als nichtig anzusehen, wobei allerdings zu beachten ist, daß hieraus für die Gültigkeit der Klauseln im übrigen keine Schlüsse gezogen werden können, wie bereits im einzelnen dargelegt wurde¹⁾. Der Begriff "Umstände, die die Kreditfähigkeit mindern" ist zu weitreichend und enthält demgemäß die Möglichkeit zur Vereitelung des Gesetzeszweckes.

cc) Die Gruppe der Klauseln, die nun untersucht wird, betrifft ebenfalls die Fälligkeit der gesamten Restkaufpreisforderung. Neben den Klauseln, die auf die Nichterfüllung der Ratenzahlungspflicht abstellen, handelt es sich um die weitaus häufigsten im Bereich der Verfallklausel des § 4 II AbzG. Sie setzen voraus, daß der Lieferer mit dem Käufer nebeneinander

1) siehe oben D. II. 2)a)ff) am Ende

mehrere Ratenzahlungsgeschäfte geschlossen und demzufolge auch mehrere Forderungen gegen ihn hat: Die Fälligkeit der Restsumme aller Forderungen soll dann eintreten, wenn der Käufer mit der Erfüllung einer Forderung in Verzug kommt. Die Klauseln lauten dann etwa folgendermaßen:

- Nr. 1: "Kommt der Käufer mit den ihm obliegenden Zahlungen mehr als 14 Tage in Rückstand, so werden sämtliche gegen ihn laufende Forderungen des Lieferers zur sofortigen Barzahlung fällig."
- Nr. 2: "... so wird der Kaufpreis für die bereits gelieferte Ware sofort fällig, ... wenn auch nur eine fällige Rate eines beliebigen Geschäfts trotz Mahnung nicht sofort beglichen wird."
- Nr. 3: "Die Nichteinhaltung der Zahlungsbedingungen entbindet uns ohne weiteres von allen Verpflichtungen aus bestehenden Verträgen, Aufträgen und Abschlüssen und berechtigt uns, die unbezahlten Rechnungen als verfallen zu betrachten und einzuklagen."
- Nr. 4: "Wenn der Besteller mit der Zahlung einer Forderung in Verzug gerät, so werden alle unsere sonstigen Ansprüche sofort fällig."
- Nr. 5: "Der Kaufpreis ist sofort fällig, wenn der Käufer uns gegenüber mit anderen Forderungen in Zahlungsverzug kommt oder wenn ..."
- Nr. 6: "Falls ich gezwungen werde, gerichtliche Schritte gegen einen meiner Abnehmer einzuleiten, werden sämtliche Forderungen, die ich gegen ihn habe, sofort fällig und ich behalte mir vor, sie dann gleichfalls einzuklagen."
- Nr. 7: "Gerät der Käufer auch nur mit einer Zahlung ganz oder teilweise in Verzug, so werden alle der Gesellschaft gegenüber bestehenden Zahlungsverpflichtungen des Käufers, auch aus laufenden Wechseln, sofort fällig."

Nr. 8: "Verkäufer kann bei Zahlungsverzug des Käufers sofortige Bezahlung auch aller sonstiger Forderungen gegenüber dem Käufer ohne Rücksicht auf entgegenstehende Zahlungsbedingungen oder -vereinbarungen verlangen."

Diese Klauseln könnte man für zulässig halten, wenn man von den bisher dargelegten Gedanken ausgeht. Wie bereits festgestellt wurde¹⁾, bezieht sich § 4 II AbzG nur auf das jeweilige (konkrete) Vertragsverhältnis, d.h. die Verfallklausel ist - abgesehen vom Zahlungsverzug - nur wegen der Nichterfüllung von "Vertragspflichten" des Käufers ausgeschlossen; dagegen steht § 4 II AbzG einer Vereinbarung der sofortigen Fälligkeit der Restschuld in anderen Fällen als denen der Nichterfüllung von "Vertragspflichten" nicht entgegen. Da die vorstehenden Klauseln nicht an Vertragsverletzungen aus dem jeweiligen Abzahlungsgeschäft anknüpfen - sondern an Vertragsverletzungen aus anderen Rechtsgeschäften zwischen denselben Beteiligten -, scheinen sie dementsprechend bei wörtlicher Auslegung von § 4 II AbzG gültig zu sein.

Bedenken gegen diese Folgerung ergeben sich aber aus dem Sinn und Zweck des § 4 II AbzG, der den Käufer davor schützen soll, auch schon bei geringfügigen Vertragsverletzungen den Gesamtkaufpreis auf einmal entrichten zu müssen. Gerade diesem Schutzgedanken der Vorschrift wird das vorliegende Ergebnis aber nicht gerecht: Eine geringfügige Vertragsverletzung des Käufers (aus einem nicht mit dem Abzahlungsgeschäft identischen vertraglichen Verhältnis) genügt, um die sofortige Fälligkeit der gesamten Restforderung (aus dem Abzahlungsgeschäft) zu bewirken. Allein der Umstand, daß die Pflichtverletzung sich nicht auf das Abzahlungsgeschäft, sondern auf ein anderes Vertragsverhältnis zwischen den Parteien bezieht, kann aber nicht zu einer anderen Beurteilung der Schutzwürdig-

1) siehe oben D. IV. 2. Teil, 2)

keit des Käufers führen. Es besteht auch keinerlei Bedürfnis, den Verkäufer, der mit einem Käufer gleichzeitig mehrere Verträge abschließt, besser zu stellen als den, der nur ein einzelnes Geschäft vornimmt. Der Zweck des AbzG wird in diesen Fällen also in gleicher Weise vereitelt wie dann, wenn die Verfallklausel an die Nichterfüllung sonstiger Pflichten aus dem Abzahlungsgeschäft selbst anknüpft. Es handelt sich also um einen Umgehungsversuch des § 4 II AbzG. Da der bezweckte und eingetretene Erfolg aber gerade durch § 4 II AbzG verhindert werden soll, muß auch insofern diese gesetzliche Bestimmung gelten. Das Ergebnis ist auch nicht anders, wenn die Fälligkeit der übrigen Forderungen erst eintritt, wenn der Käufer bei einer Forderung die gesetzlichen Erfordernisse für die Fälligkeit erfüllt. Auch dann nämlich sind die anderen Verträge noch nicht verletzt. Die Klauseln stehen also nicht außerhalb des von § 4 II AbzG geschützten Bereichs. Vielmehr werden sie von ihm erfaßt. Da sie aber nicht den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen, sind sie wegen des zwingenden Charakters von § 4 II AbzG als unzulässig anzusehen. Es verbleibt in diesen Fällen bei der in § 4 II AbzG vorgesehenen Regelung.

dd) Als weitere Gründe für das Eingreifen der Verfallklausel werden Zahlungseinstellung, Wechselprotest, gerichtlicher und außergerichtlicher Vergleich, Konkurs, Zwangsvollstreckung genannt. Die in diesem Bereich anzutreffenden Klauseln sind oft von einer überraschenden Vielfalt und einer bis ins Einzelne gehenden Kasuistik. Meist enthalten sie mehrere Fälle. Beispielsweise seien folgende Klauseln angeführt:

Nr. 1: "Bei Zahlungseinstellung oder Konkurs des Bestellers ist die Kaufpreisforderung sofort fällig."

Nr. 2: "Treten in den Verhältnissen des Käufers Umstände ein, die die Bewilligung bzw. die Aufrechterhaltung von bewilligten Zahlungsfristen nicht mehr zumutbar erscheinen lassen, so werden noch offenstehende Forde-

rungen ohne weiteres sofort zur Zahlung fällig. Dies gilt insbesondere, wenn der Käufer ... oder die Verfügungsbefugnis über sein Unternehmen verliert oder sonst in Vermögensverfall gerät oder ..."

- Nr. 3: "Das gleiche (Fälligkeit des Restkaufpreises) gilt, wenn ..., ferner bei sonstigen wesentlichen Änderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Bestellers, bei Zahlungseinstellung, Antrag auf Vergleich oder Konkurs und bei Zwangsvollstreckung."
- Nr. 4: "... stellt der Kunde seine Zahlungen ein, oder wird über sein Vermögen das gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet oder Konkurs verhängt, so wird die gesamte Restschuld fällig."
- Nr. 5: "Der Restkaufpreis ist sofort fällig, wenn der Käufer ... oder wenn uns die Unsicherheit seiner Vermögenslage durch Konkurs, gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich, Wechselprotest, Klagen usw. bekannt wird."
- Nr. 6: "Bei Ratenzahlungsvereinbarungen oder vereinbarten Stundungen sonstiger Art wird der Kaufpreis sofort fällig, a) wenn gegen den Käufer von dem Gläubiger oder dritter Seite die Zwangsvollstreckung eingeleitet wird; b) bei Wechselprotesten gegen den Käufer; c) ... d) wenn die Bank des Käufers den laufenden Kredit kündigt."

Alle diese Klauseln lassen die deutliche und in gewisser Weise verständliche Tendenz der Verkäufer erkennen, sich möglichst weitgehend gegen das bei Abzahlungsgeschäften typische und besondere Risiko eines evtl. Vermögensverfalls des Käufers abzusichern. Es handelt sich als praktisch um eine Konkretisierung der als zu weitgehend abgelehnten auf mangelnder Kreditwürdigkeit beruhenden Fälligkeitsklausel¹⁾.

1) Vgl. oben D. IV. 2. Teil, 3)d)bb)

Man könnte nun fragen, ob ein solches Sicherungsbedürfnis des Verkäufers überhaupt gerechtfertigt ist, da es gerade in den oben angeführten Fällen meist besser für ihn wäre, auf Grund seines Eigentumsvorbehalts die Sache zurückzuverlangen. Doch kann die Frage in dieser Form nicht gestellt werden. Da das AbzG ein Spezialgesetz ist, muß die Frage gerade aus der anderen Sicht gestellt werden: Wird der Schutzzweck des AbzG durch derartige Klauseln nicht vereitelt? Unmittelbar mit der Nichterfüllung von Vertragspflichten des Käufers hängen die oben angeführten Fälle nicht zusammen. Es würde also § 4 II AbzG überhaupt nur dann berührt, wenn es sich bei den vorliegenden Klauseln um Umgehungen des Gesetzes handelte. Derartige Umgehungen sind aber nur feststellbar, wenn man den durch die Klauseln erreichten Erfolg mit dem Gesetzeszweck vergleicht. Wird der Gesetzeszweck durch den mit den Klauseln erreichten Erfolg nicht beeinträchtigt, liegt keine Umgehung vor, und die Klauseln können nur nach allgemeinen Gesichtspunkten unwirksam sein. Durch das Gesetz wird die Fälligkeit des Restpreises bei Nichterfüllung von Vertragspflichten geregelt. Der Käufer soll davor geschützt werden, bei anderen als den gesetzlich vorgesehenen Vertragspflichtverletzungen den Restkaufpreis sofort zahlen zu müssen. Alle oben angeführten Punkte haben gemeinsam, daß bei ihrem Vorliegen der Käufer mit hoher Wahrscheinlichkeit seine Schulden nicht mehr völlig erfüllen kann. Die wegen der angeführten Ereignisse erwartete Nichterfüllung von Vertragspflichten ist also der wirkliche Grund der Klauseln. Allein deshalb kann aber noch nicht eine Umgehung des Gesetzes angenommen werden. Die Gefährdung der Kaufpreiszahlung ist nämlich der eigentliche Grund für Fälligkeitsklauseln überhaupt. Aus dieser Sicht scheinen die Klauseln daher zulässig zu sein. Jedoch beruhen alle als Begründung herangezogenen Möglichkeiten darauf, daß der Käufer seinen Verpflichtungen aus Verträgen nicht nachgekommen ist. Nur so ist es möglich, daß die angeführten Ereignisse auftreten¹⁾. Ist aber die Nichterfüllung von Ver-

 1) Warum der Käufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt, ist eine sekundäre, in diesem Rahmen nicht zu erörternde Frage.

tragspflichten des Käufers gegenüber Dritten ebenso zu behandeln wie die Vertragspflichtverletzungen aus anderen Verträgen des Käufers gegenüber demselben Lieferer, kann der Verkäufer also - konkret ausgedrückt - die Fälligkeit des Restkaufpreises davon abhängig machen, daß der Käufer seine Vertragspflichten aus Verträgen mit Dritten nicht erfüllt? Diese Frage ist nur mit Rücksicht auf den Gesetzeszweck zu beantworten. Es ist Zweck der Vorschrift, daß die Verletzung von Vertragspflichten nur in den gesetzlichen Fällen zur Fälligkeit führen soll. Auch bei dem Abstellen auf die Vertragspflichten des Käufers gegenüber Dritten wird aber - vom Käufer her gesehen - die Fälligkeit des Restkaufpreises von der Verletzung von Vertragspflichten abhängig gemacht. Es wird also mittelbar wiederum die Fälligkeit für die Nichteinhaltung von Vertragspflichten vereinbart. Das gleiche gilt, falls Wechsel des Käufers zu Protest gehen, zu denen der Verkäufer in keiner Beziehung steht. Insofern stehen diese Klauseln den unter cc) erörterten Klauseln gleich, sie stellen nämlich auch eine Umgehung des § 4 II AbzG dar, in dessen Schutzbereich sie eingreifen. Sie verstoßen damit gegen die gesetzliche Regelung und sind nichtig.

ee) Schließlich werden Geschäftsauflösung, -veräußerung, Geschäfts- und Firmenänderung zum Gegenstand der Fälligkeitsklausel gemacht:

Nr. 1: "..., so werden noch offenstehende Forderungen ohne weiteres sofort zur Zahlung fällig . Dies gilt insbesondere, wenn der Käufer sein Unternehmen oder wesentliche Teile davon veräußert oder ..."

Nr. 2: "Das gleiche (Fälligkeit des Restkaufpreises) gilt, wenn ..., ferner bei Besitz-, Geschäfts- und Firmenänderung oder Auflösung, außer durch Erbgang oder Erwerb mit Rücksicht auf Erbrechte, ferner ..."

Diese Klauseln stellen auf nicht mit Vertragspflichten zusammenhängende Ereignisse ab. Sie werden also von dem Wortlaut des § 4 II AbzG nicht erfaßt, scheinen daher zulässig zu sein. Doch wie bei den vorher erörterten Punkten¹⁾ könnte auch hier eine Umgehung der Vorschrift vorliegen, wonach die Klauseln ebenfalls unzulässig wären. Im Gegensatz zu den bisher erörterten Fällen wird hier für die Fälligkeit der Restforderung aber nicht an die Verletzung von Vertragspflichten angeknüpft. Es besteht nicht einmal ein mittelbarer Zusammenhang zu der Erfüllung der Pflichten des konkreten Geschäfts. Der Verkäufer hat hier auch ein berechtigtes Interesse an der Fälligkeit der Restschuld. Die aufgezählten Veränderungen sind derartig tiefgreifend, daß es - auch unter Berücksichtigung der Belange des Käufers - nicht zumutbar erscheint, den Verkäufer an der Ratenzahlungsabrede festzuhalten²⁾, zumal die aufgezählten Veränderungen bei Vertragsabschluß normalerweise nicht vorhersehbar sind und das übliche Risiko eines Abzahlungsgeschäfts übersteigen. Dies schließt natürlich nicht aus, daß die Klauseln im Einzelfall dennoch gegen § 242 BGB verstoßen können; in der vorliegenden Form erscheinen sie jedoch zulässig.

e) Zusammenfassung: Klauseln zu § 4 I AbzG haben nur eine geringe Bedeutung und sind daher selten anzutreffen.

Im Gegensatz dazu steht die große Zahl der Klauseln zu § 4 II AbzG. Zu einem großen Teil verstoßen diese Klauseln gegen die gesetzliche Regelung und sind nichtig, sofern sie nicht im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen weiter gelten können. Auch Versuche zur Umgehung der Vorschrift sind anzutreffen. All dies zeigt, welche besondere Wichtigkeit auf der Verkäu-

1) Vgl. oben cc) und dd)

2) Cr.-Ostler § 4 Anm. 82; Erman-Weitn.-Klingsp. § 4 Anm. 15; Klausß Anm. 356

ferseite gerade der Fälligkeitsklausel beigemessen wird. Es erhebt sich die Frage, ob ein so weitgehender Schutz des Käufers, wie er auf Grund der vorliegenden Untersuchungen festgestellt wurde, überhaupt gerechtfertigt ist. Die Antwort erscheint zweifelhaft¹⁾. Jedoch ist nach dem geltenden Abzahlungsrecht eine andere Entscheidung nicht möglich.

V. Klauseln zu § 5 AbzG

1) Die gesetzliche Regelung

a) Bei Erlaß des AbzG lag das Augenmerk auf der Beseitigung der bei Abzahlungsgeschäften aufgetretenen Mißstände. Insbesondere sollte die sogenannte Verwirkungsklausel unterbunden werden, d.h. die Vereinbarung, daß bei Nichtentrichtung einer Rate der Veräußerer zur Zurücknahme der Sache befugt sein sollte, ihm die erhaltenen Teilzahlungen aber verbleiben sollten²⁾. Der Durchsetzung dieses Zieles dient neben den §§ 1-3 AbzG insbesondere auch § 5 AbzG.

Nach Überwiegender Meinung³⁾ ist demnach Zweck des AbzG und insbesondere des § 5 AbzG: Es soll verhindert werden, daß der Abzahlungskäufer Besitz und Nutzung der Sache verliert und dennoch zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt⁴⁾.

1) Vgl. Ewald AbzG S. 45 ff.

2) Eрман-Weitn.-Klingsp. AbzG Vorbem. II

3) Cr.-Ostler § 5 Anm. 2; RGZ 139, 205 (207 f.); 146, 182 (189); BGHZ 15, 171 (173)

4) Weitn.-Klingsp. a.a.O. lehnen diesen Satz wegen der aus ihm gezogenen Forderungen als zu weitgehend ab; ebenso Lücke in JZ 1959 S. 115 bei der speziellen Untersuchung der Frage der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die Abzahlungssache.

b) Dieser Zweck des § 5 AbzG kann nur erreicht werden, wenn es sich um eine unabdingbare Vorschrift handelt. Während jedoch die §§ 1 und 2 AbzG die Bestimmung enthalten, daß entgegenstehende Vereinbarungen nichtig sind, ist eine solche Vorschrift in § 5 AbzG nicht enthalten. Aber der Schutzgedanke des AbzG kann nur verwirklicht werden, wenn § 5 AbzG zwingenden Charakter hat. Das mißbilligte Ergebnis, daß der Käufer nämlich Geld und Nutzung der Ware verliert, kann nur so erfolgreich verhindert werden. § 5 AbzG ist daher unabdingbar¹⁾. Dieses Ergebnis wird durch die Überlegung unterstützt, daß es sich bei § 5 AbzG um eine gesetzliche Fiktion handelt, die unabhängig vom Willen der Parteien immer dann eingreift, wenn die tatsächlichen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Vereinbarungen, die diese Fiktion ausschließen, müssen daher nichtig sein²⁾, falls das AbzG überhaupt angewandt wird.

c) Geht man vom Wortlaut der Vorschrift aus, sind drei Voraussetzungen für das Eingreifen der Fiktion des § 5 AbzG erforderlich: Das Vorliegen eines Abzahlungsgeschäfts im Sinne des AbzG (aa), bei dem sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten (bb) und die verkaufte Sache wieder an sich genommen hat (cc).

aa) Der Begriff des Abzahlungsgeschäfts wurde bereits ausführlich erörtert³⁾.

-
- 1) H.M.: Erman-Weitn.-Klingsp. § 5 Anm. 5; Aubele § 5 Anm. 24; Cr.-Ostler § 5 Anm. 1 und 7; Klauß Anm. 395; Pal.-Gramm § 5 AbzG Anm. 1; Pauli S. 29/30; RGZ 139, 205 (208); a.A. wohl Bobrowski S. 117
- 2) Erman-Weitn.-Klingsp. § 5 Anm. 5; Klauß Anm. 395; Cr.-Ostler § 5 Anm. 6; Rühl S. 236 u. 247 u. 265; Lazarus S. 56; Aubele § 5 Anm. 24; RGZ 67, 383 (387); 96, 296 (297); 139, 205 (208)
- 3) Vgl. B. I. 1)b)

bb) Nach dem Wortlaut des § 5 AbzG muß der Verkäufer auf Grund des Eigentumsvorbehalts die Sache wieder an sich genommen haben. Da in der Regel zumindest diejenigen AGB, die Klauseln über Abzahlungsgeschäfte enthalten, auch den Eigentumsvorbehalt vorsehen¹⁾, entstehen insoweit tatsächlich in den meisten Fällen keine Schwierigkeiten. Es fragt sich jedoch, ob eine Begrenzung auf die Fälle der Rücknahme aufgrund des Eigentumsvorbehalts überhaupt beabsichtigt ist. Muß nicht § 5 AbzG so ausgelegt werden, daß neben anderen Fällen auch in dem speziellen Fall, daß die Rücknahme auf Grund des Eigentumsvorbehalts erfolgt, dies als Ausübung des Rücktritts gilt? Geht man von dem Zweck des AbzG aus, den Käufer davor zu schützen, daß er Geld und Kaufgegenstand verliert, so muß man folgern, daß § 5 AbzG nicht nur auf die Fälle beschränkt sein soll, in denen ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde. § 5 AbzG soll klarstellen, daß auch bei einem Vorgehen auf Grund sachenrechtlicher Bestimmungen die Rücktrittsfiktion eingreifen soll. Er hat also den Zweck, alle Möglichkeiten auszuschließen, in denen der Käufer Ware und Kaufpreis verlieren könnte²⁾. Demnach ist auf den wirtschaftlichen Erfolg abzustellen. Der Eigentumsvorbehalt als solcher ist kein entscheidender Faktor für die Anwendung des § 5 AbzG³⁾.

cc) Wichtig ist jedoch die tatsächliche Feststellung, wann eine "Wiederansichnahme" vorliegt. Jede derartige Wiederansichnahme, die einem Rücktrittsrecht gleichsteht, muß natürlich begründet sein, andernfalls stände nämlich dem Verkäufer ein

1) Ebenso Klausß Anm. 43 und 361

2) Cr.-Ostler § 5 Anm. 4/5

3) Cr.-Ostler § 5 Anm. 9; BGHZ 15, 171 (173/174); 19, 326 (327/328); Aubele § 5 Anm. 6; Wangemann NJW 1952, 1320; vgl. ferner Weitrn.-Klingsp. in Erman § 5 Anm. 3 a.E. in Verbindung mit § 5 Anm. 2 im Ergebnis zustimmend; a.A. Klausß Anm. 381 u. Pauli S. 54

völlig freies Rücktrittsrecht zu¹⁾. Als Begründung einer derartigen Wiederansichnahme reicht auch eine vertragliche Vereinbarung aus²⁾. Jedoch muß der Besitzverlust des Käufers auf Veranlassung des Verkäufers eingetreten sein, sonst würde wiederum der Käufer einseitig begünstigt; er könnte jederzeit nach seinem Belieben den Rücktritt des Verkäufers herbeiführen³⁾. Als Veranlassung des Verkäufers muß es dabei ausreichen, wenn er die Sache zurücknimmt, weil der Käufer die Wandlung erklärt oder den Kaufvertrag angefochten hat. Auch wenn der Verkäufer die vom Käufer zurückgegebene Sache mit dem Einverständnis der Rückgabe entgegennimmt, muß das genügen.

Entscheidend für die Wiederansichnahme ist jedoch nach der anzuwendenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Besitzverlust des Käufers. Es kommt daher bei der Wiederansichnahme durch den Verkäufer nicht darauf an, ob er selbst die Sache schon einmal besessen hat; ferner nicht darauf, daß der Verkäufer überhaupt Besitz erlangt. Mit welcher Konsequenz diese Grundgedanken verfolgt werden, zeigt sich darin, daß es schon als Erfüllung des § 5 AbzG angesehen wurde, wenn die Übergabe der Sache an einen Sequester erfolgte, der für beide Parteien die Sache in Besitz hatte⁴⁾. Es kommt nicht auf die Motivation oder den Willen des Verkäufers an, sondern allein auf den objektiven Tatbestand der Besitzentziehung auf Veranlassung des Verkäufers. Ob der Verkäufer zurücktreten oder nur sein Eigentum sichern wollte oder ob er sonstige Ziele mit

1) Cr.-Ostler § 5 Anm. 79; Klauß Anm. 388

2) Cr.-Ostler § 5 Anm. 79

3) Klauß Anm. 385; RGZ 146, 182 (189)

4) RGZ 139, 205 (207); RGZ 146, 182 (189); auch Cr.-Ostler § 5 Anm. 76

der Rücknahme verfolgte, ist also unerheblich¹⁾. Entscheidend ist der objektive Tatbestand²⁾.

2) Die Regelungen in AGB

Gerade die Vorschrift des § 5 AbzG ist eine für die Durchsetzung des sozialpolitischen Schutzzweckes des AbzG wichtige Vorschrift. Sie wird daher in AGB entsprechend häufig berücksichtigt.

a) Allerdings wurden sinnngemäße Wiederholungen des Gesetzestextes oder Verweisungen auf ihn nur im Bereich der Werkzeugmaschinenindustrie angetroffen³⁾. Die entsprechende Klausel hat in den AGB aller Unternehmer, die sie verwenden, immer den gleichen Wortlaut: "Die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts sowie die Pfändung des Liefergegenstandes durch den Lieferer gelten nicht als Rücktritt vom Verträge, sofern nicht das AbzG vom 16.5.1894 Anwendung findet."

Ohne die Frage zu lösen, ob auch schon die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts oder die Pfändung des Liefergegenstandes eine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG sind, kann man folgende Überlegung anstellen: Selbst wenn man annimmt, daß Pfändung und Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts schon als Fälle der Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG anzusehen sind, kommt man zu dem Ergebnis, daß die Klausel nicht mehr

- 1) RGZ 67, 383 (387); 139, 205 (206/207); Cr.-Ostler § 5 Anm. 77; Klauß Anm. 384 und 393; Pal.-Gramm § 5 AbzG Anm. 3 a
- 2) Ewald AbzG S. 110; Klauß Anm. 393
- 3) Wohl als Ausfluß der Bedingungen des ehemaligen "Vereins Deutscher Werkzeugmaschinenfabriken e.V.", die eine entsprechende Klausel enthielten. Vgl. allerdings die entsprechende Klausel dieser AGB aus dem Jahre 1932 bei Müllereisert S. 13 (14) § 11; die ebenfalls noch nicht dem Gesetzestext entsprach.

als eine Verweisung auf das Gesetz oder dessen Wiederholung ist. Die Aufsteller der AGB sind sich nämlich bewußt gewesen, daß die Klausel bei Zutreffen der Unterstellung unwirksam ist, da als Voraussetzung für das Eingreifen der Fiktion des § 5 AbzG nur der tatsächliche Vorgang der Wiederansichnahme erforderlich ist. Ferner war ihnen auch bekannt, daß unter Kaufleuten, die ins Handelsregister eingetragen sind, die Privatautonomie durch das AbzG nicht eingeschränkt wird, da es in diesem Fall nicht gilt. Sie wollten daher klarstellen, daß Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts und Pfändung des Liefergegenstandes bei Geschäften mit eingetragenen Kaufleuten nicht als Rücktritt des Verkäufers vom Vertrage anzusehen sind. Andererseits wollten sie aber auch einer generellen Nichtigkeit dieser Klausel, unter Umständen der gesamten AGB, vorbeugen, die sich (evtl.) daraus ergeben könnte, daß auch mit nicht als Kaufleuten ins Handelsregister eingetragenen Personen Verträge unter Zugrundelegung der AGB, die das AbzG abdingen, abgeschlossen werden. Dies Ziel wurde durch den Zusatz "sofern nicht das AbzG vom 16.5.1894 Anwendung findet" erreicht; denn dieser Zusatz besagt, daß die Klausel nur gelten soll, wenn das AbzG keine Anwendung findet; falls es aber Anwendung findet, soll die gesetzliche Regelung gelten. Diese Klauseln stellen daher in den vom AbzG erfaßten Fällen eine Verweisung auf die gesetzliche Regelung dar. Es handelt sich um Klauseln, die aus der Sicht des AbzG als zulässig anzusehen sind.

b) Sehr häufig findet man aber Klauseln, die den Gesetzeswortlaut des § 5 AbzG abändern oder ihm sogar genau entgegengesetzt sind. Sie haben den Inhalt, daß die Wiederansichnahme nicht als Rücktritt gilt. Solche Klauseln lauten etwa folgendermaßen:

Nr. 1: "Bei Zahlungsverzug des Bestellers ist der Lieferer berechtigt, entweder den Liefergegenstand ohne Verzicht auf seine Ansprüche bis zu deren Befriedigung

wieder an sich zu nehmen oder vom Vertrage zurückzutreten."

- Nr. 2: "Der Lieferer ist in diesen Fällen auch berechtigt, die Maschine auf Kosten des Bestellers zurückzunehmen, unter Ausschluß jedes Zurückbehaltungsrechts, zur Sicherung oder bestmöglichen freihändigen Verwertung für Rechnung und Gefahr des Bestellers, ohne daß dieser vom Vertrage frei wird."
- Nr. 3: "Macht das Lieferwerk von seinem Eigentumsvorbehalt Gebrauch, so liegt in einer solchen Rücknahme des Liefergegenstandes kein Rücktritt vom Vertrag."
- Nr. 4: "Wenn der Besteller auf Verlangen der Lieferfirma (bei Zahlungsverzug oder Verletzung sonstiger Verpflichtungen) den Kaufgegenstand an diese herausgibt oder die Lieferfirma den Kaufgegenstand in ihren unmittelbaren Besitz nimmt, hat diese Maßnahme nur die Bedeutung der Sicherstellung der Ansprüche der Lieferfirma, jedoch nicht die eines Rücktritts einer Lieferfirma vom Kaufvertrage."
- Nr. 5: "Ein Rücktritt vom Vertrage liegt in der Rücknahme nur dann, wenn wir dies ausdrücklich erklären."
- Nr. 6: "Nehmen wir auf Grund unseres Eigentumsvorbehalts die gelieferten Waren zurück, so gilt diese Rücknahme nur dann als Rücktritt vom Vertrag, wenn wir dies dem Käufer ausdrücklich und schriftlich anzeigen."

Dieser kurze Überblick macht schon die Vielfalt der verwendeten Klauseln deutlich. Jedoch entsprechen sie, von Einzelheiten abgesehen, meist einem der hier angeführten Beispiele. Sie sagen aus, daß die Wiederansichtnahme nicht als Rücktritt vom Vertrage gilt. Demgegenüber ordnet aber § 5 AbzG an, daß die Wiederansichtnahme der auf Abzahlung verkauften Sache durch den Verkäufer als Ausübung des Rücktrittsrechts gilt. Daraus ergibt sich, daß die AGB-Aufsteller die Wirkung des

§ 5 AbzG beseitigen möchten. Gerade dies ist aber, wie sich aus dem zwingenden Charakter des § 5 AbzG ergibt, nicht möglich. Die entsprechenden Klauseln sind daher nichtig. Allerdings tritt die Rücktrittsfiktion nur ein, wenn eine Berechtigung zum Rücktritt besteht¹⁾. Andernfalls stände dem Verkäufer ein völlig freies Rücktrittsrecht zu, was schon oben abgelehnt wurde²⁾.

Diese Forderung wird auch in den AGB meist erfüllt. Zwar enthalten die oben angeführten Klauseln zum Teil nur, daß die Rücknahme nicht als Rücktritt vom Vertrage gilt. Dem geht jedoch in diesen Fällen eine Klausel voraus, die einen bestimmten Katalog von Fällen aufzählt, bei deren Vorliegen eine Rücknahme möglich sein soll. Dies mag an einem Beispiel veranschaulicht werden:

Nr. 7: "Ist der Besteller mit zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungsraten ganz oder teilweise und in Höhe von mindestens 1/10 des Kaufpreises in Verzug, so wird der gesamte Restbetrag ohne Mahnung fällig. Bei Händlern tritt die Fälligkeit schon dann ein, wenn sie mit einer Rate ganz oder teilweise in Verzug sind. Das gleiche gilt, wenn die vereinbarten Wechsel oder Schecks nicht rechtzeitig gegeben oder eingelöst werden, ferner bei Besitz-, Geschäfts- oder Firmenänderung oder Auflösung, außer durch Erbgang oder durch Erwerb mit Rücksicht auf Erbrechte, ferner bei sonstigen wesentlichen Änderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Bestellers, bei Zahlungseinstellung, Antrag auf Vergleich oder Konkurs und bei Zwangsvollstreckungen. Der Lieferer ist in diesen Fällen auch berechtigt,

1) Cr.-Ostler § 5 Anm. 79; Klauß Anm. 387; Plum JW 1933, 909 (910)

2) Ebenso Klauß Anm. 388

die Maschine auf Kosten des Bestellers zurückzunehmen, ohne daß dieser vom Vertrage frei wird."

In den meisten Fällen ist die Aufzählung aber nicht so ausführlich. Vor allem Zahlungsverzug und schlechte wirtschaftliche Verhältnisse werden als Rücknahmegründe in den AGB angeführt. Somit wird eine Rücknahme fast immer berechtigt sein, denn es würde - von einzelnen speziell liegenden Fällen abgesehen - auch dem Interesse des Verkäufers widersprechen, die Kaufsache zurückzunehmen, obwohl der Käufer alle für ihn durch den Abzahlungskauf entstandenen Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt. Es ist daher die Berechtigung zur Rücknahme - von Ausnahmen abgesehen - auf Grund der AGB-Vereinbarungen gegeben. Falls jedoch derartige Rücknahmegründe in den AGB nicht aufgezählt sind, ist dies ebenfalls unschädlich, falls ein Rücktrittsgrund nach allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften gegeben ist¹⁾. In all diesen Fällen der berechtigten Rücknahme verstößt daher die Klausel, daß die Wiederansichnahme der Sache nicht als Rücktritt vom Vertrage gilt, gegen die zwingende Vorschrift des § 5 AbzG. Zwar kann es auch Fälle geben, in denen der Verkäufer trotz Erfüllung der Käuferpflichten die Sache zurücknimmt. Hieraus könnte man die Zulässigkeit der Klauseln folgern, da hier die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG nicht eingreifen darf, um einen Nachteil für den Käufer zu verhindern. Eine derartige Argumentation ist jedoch nicht möglich, da in diesen Fällen die Rücktrittsfiktion sowieso nicht eintritt²⁾. Einmal kann ein rechtswidriger Eingriff - um einen solchen handelt es sich bei einem entsprechenden Vorgehen des Verkäufers - nicht als Begründung für die Zulässigkeit der AGB-Klauseln des Verkäufers dienen; zum anderen ergibt sich zumeist schon aus dem Wortlaut der AGB-

1) Vgl. auch D. V. 2)g)

2) Trotzdem können auch derartige Klauseln ungültig sein, vgl. D. V. 2)g).

Klauseln, daß nur eine Rücknahme, die im Falle eines der angeführten Gründe erfolgte, nicht als Rücktritt gelten solle. Demnach sind die Klauseln, welche die Wiederansichnahme der Sache nicht als Rücktritt werten, als nichtig anzusehen, falls die AGB einem Abzahlungsvertrag mit einem nicht als Kaufmann eingetragenen Partner zugrunde gelegt werden.

c) Aber nicht alle Klauseln haben einen derart eindeutigen, dem Gesetz widersprechenden Charakter. Sehr oft finden sich Klauseln folgender Art:

- Nr. 1: "Befindet sich der Käufer im Verzug, verstößt er gegen die ihm obliegenden Verpflichtungen oder erscheint uns unser Anspruch gefährdet, so sind wir jederzeit berechtigt, a) ..., b) die Herausgabe der Vorbehaltsware zu verlangen, ohne daß dem Käufer gegen diesen Herausgabeanspruch ein Zurückbehaltungsrecht zusteht und ohne daß wir hierdurch vom Vertrage zurücktreten."
- Nr. 2: "Die Forderung auf Herausgabe der Vorbehaltsware gilt nicht als Rücktritt vom Vertrage."
- Nr. 3: "Gerät der Käufer in Verzug, so können wir Rückgabe der Sache verlangen, ohne vom Vertrage zurückzutreten."
- Nr. 4: "Handelt der Käufer diesen Verpflichtungen zuwider, ist der Lieferer berechtigt, die Herausgabe der Ware zu verlangen, ohne vom Vertrage zurückzutreten."
- Nr. 5: "Die Rückforderung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware bedeutet nicht ohne weiteres gleichzeitig die Erklärung des Rücktritts vom Vertrage."
- Nr. 6: "Die Rückforderung der Ware gilt nicht als Rücktritt des Verkäufers vom Vertrag, es sei denn, daß der Verkäufer den Rücktritt dabei schriftlich erklärt."

Oberflächlich betrachtet bilden diese Klauseln keine Abwei-

chung gegenüber den vorher behandelten. Nur werden als Synonym für den Ausdruck "Wiederansichnahme" Ausdrücke wie "Rückforderung der Ware", "Verlangen auf Herausgabe der Ware" etc. gebraucht; es handelt sich praktisch nur um eine ungenaue und umschreibende Formulierung, gemeint ist "Wiederansichnahme". Diese Argumentation mag in einer Reihe von Fällen tatsächlich zutreffen. Doch werden dadurch nicht die Bedenken beseitigt, die sich daraus ergeben, daß das Herausgabeverlangen als solches eine Vorstufe der Wiederansichnahme ist. Gerade dadurch, daß der Verkäufer nicht nur mit dem Herausgabeverlangen droht, sondern tatsächlich die Sache herausverlangt, kann er auf den Käufer einen starken Druck zur Einhaltung seiner Verpflichtungen ausüben. Ob der Verkäufer die Sache dann tatsächlich zurücknimmt, ist damit noch immer fraglich. In der Regel wird er sie dann nicht zurücknehmen, wenn der durch das Herausgabeverlangen unmittelbar drohende Besitzverlust den Käufer zur Einhaltung seiner Verpflichtungen treibt. Sieht man die in Betracht kommenden Klauseln aus diesem wirtschaftlichen Aspekt, erscheinen sie andersartig. Sie legen nämlich nicht nur fest, daß die Wiederansichnahme als solche nicht als Rücktritt gelten soll, sondern auch, daß das vorher liegende Herausgabeverlangen nicht als Rücktritt anzusehen ist. Geht man davon aus, daß allein das Herausgabeverlangen noch nicht dem § 5 AbzG unterliegt, erscheint eine derartige Klausel wenig sinnvoll. Denn bei § 5 AbzG handelt es sich um eine Fiktion. Falls die Voraussetzungen dieser Fiktion nicht vorliegen, greift sie daher nicht ein. Eine entsprechende Klausel hat daher nur Bedeutung, wenn § 5 AbzG auch den Fall des Rückgabeverlangens umfaßt oder diese Frage streitig ist. Im letzteren Fall hätte die Klausel dann klarstellende Funktion.

Bei der Frage, ob das Rückgabeverlangen schon die Wirkung des § 5 AbzG auslöst, soll unterschieden werden, ob das Herausgabeverlangen im Wege der Klage oder außergerichtlich geltend gemacht wird. Nach fast unbestrittener Meinung gilt die be-

gründete Herausgabeklage als Fall der Wiederansichnahme nach § 5 AbzG¹⁾. Dies ergibt sich aus dem wirtschaftlichen Zweck der Vorschrift, eine Umgehung der §§ 1-3 AbzG zu verhindern²⁾. Danach können nicht erst an die Rückgabe die Rücktrittsfolgen geknüpft werden, da sonst die Zug um Zug-Rückgewähr zu Lasten des Käufers nicht eingreifen könnte und so die Vorschrift für den Käufer nur einen geringen Vorteil böte³⁾. Entscheidend kommt es auf den zu erwartenden Besitzverlust des Käufers an, der nicht ohne Entscheidung über seine Ansprüche erfolgen soll⁴⁾. Aus eben diesen Gründen wird auch das außergerichtliche Herausgabeverlangen von der Überwiegenden Mehrheit als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG gewertet⁵⁾. Da schon das (gerichtliche oder außergerichtliche) Herausgabeverlangen unter § 5 AbzG fällt, verstoßen die Klauseln, die das Herausgabeverlangen nicht als Rücktritt ansehen wollen, gegen diese Vorschrift und sind daher unwirksam.

d) Daneben finden sich Klauseln, die nicht auf das Herausgabeverlangen abstellen, sondern auf den Eigentumsvorbehalt. Diese Klauseln haben etwa folgenden Wortlaut:

Nr. 1: "Die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts durch uns gilt nicht als Rücktritt vom Vertrag."

- 1) Cr.-Ostler § 5 Anm. 83 ff.; RGZ 144, 62 (64); BGH LM § 6 AbzG Nr. 2; BGH NJW 1955, 638 (639); Rühl S. 261; Hörle Gruch. 55, 193; Lubbe JW 1938, 1990; Klaus Anm. 387 und NJW 1950, 765 (766); Samter S. 83; Aubele § 5 Anm. 23; Wangemann NJW 1958, 1143; Pal.-Gramm § 5 AbzG Anm. 3 b
- 2) Cr.-Ostler § 5 Anm. 75
- 3) Cr.-Ostler § 5 Anm. 75 a
- 4) Wangemann NJW 1958, 1143
- 5) Cr.-Ostler § 5 Anm. 86; OLG Stuttgart NJW 1953, 1066 (1067) mit zustimmender Anmerkung von Klaus; LG Tübingen MDR 1955, 476; Klaus Anm. 383 und 388; Pal.-Gramm § 5 AbzG Anm. 3 b; Lazarus S. 56; Hörle Gruch. 55, 193; See- lig S. 20; Plum JW 1933, 910; Benke BB 1948, 591/592; Erman-Weitn.-Klingsp. § 5 AbzG Anm. 2 a; a.A. Rühl S. 262 und Lechner § 5 Anm. 13 a

- Nr. 2: "Die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts sowie ... durch den Lieferer gelten nicht als Rücktritt von einem unerfüllten Liefervertrage."
- Nr. 3: "Macht das Lieferwerk von seinem Eigentumsvorbehalt Gebrauch, so liegt in einer solchen Zurücknahme des Liefergegenstandes kein Rücktritt vom Vertrag."
- Nr. 4: "Die Ausübung des Eigentumsvorbehalts gilt, soweit nicht eine besondere diesbezügliche Erklärung seitens des Eigentümers abgegeben wird, nicht als Rücktritt vom Vertrage."
- Nr. 5: "Falls die Verkäufer ihr Eigentumsrecht an der gelieferten Ware geltend machen, insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit des Käufers, soll darin kein Rücktritt vom Kaufvertrag liegen."
- Nr. 6: "Die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts im Falle des Zahlungsverzuges oder der Gefährdung des Eigentumsanspruchs, z.B. dadurch, daß in Zahlung gegebene Wechsel oder Schecks nicht eingelöst werden, gilt nicht als Rücktritt vom Vertrage."

Die Formulierung dieser Klauseln ist schon wieder mehr dem Wortlaut des § 5 AbzG angenähert. Dennoch besteht ein Unterschied. Dieser zeigt sich darin, daß § 5 AbzG von der "Wiederansichnahme auf Grund des Eigentumsvorbehalts" spricht, während die Klauseln von "Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts" sprechen. Hier zeigt sich eine Parallelität zu den vorher erörterten Klauseln, denn auch hier liegt der Zeitpunkt, auf den in den Klauseln abgestellt wird, früher als der in der gesetzlichen Bestimmung. Da die Formulierung "Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts" eine spezialisierte Umschreibung des Herausgabeverlangens darstellt, treten somit die gleichen Fragen auf, wie sie im vorigen Abschnitt behandelt wurden. Es gilt daher für die vorliegenden Klauseln entsprechendes. Sie unterliegen aus den dargelegten Gründen der Vorschrift des § 5 AbzG und sind unwirksam, da sie gegen diese zwingende Vor-

schrift verstoßen.

e) Besonders häufig sind noch folgende Klauseln, die auf die Pfändung Bezug nehmen:

- Nr. 1: "Die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs und die Pfändung eines in unserem Eigentum oder Miteigentum stehenden Gegenstandes durch uns gelten nicht als Rücktritt vom Verträge."
- Nr. 2: "Die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts sowie die Pfändung des Liefergegenstandes durch den Lieferer gelten nicht als Rücktritt vom Verträge."
- Nr. 3: "Auch eine Pfändung in unsere eigene Ware gilt nicht als Rücktritt vom Verträge."

Wenn eine Pfändung der Kaufsache als Wiederansichnahme nach § 5 AbzG angesehen werden kann, sind diese Klauseln unwirksam, da sie zum Inhalt haben, daß die Pfändung nicht als Rücktritt vom Verträge gilt. Die Fiktion des § 5 AbzG greift als zwingende Regelung ein.

Eine Wiederansichnahme entfällt nicht deshalb, weil es sich bei der Pfändung nicht um einen privatrechtlichen Tatbestand handelt. Die "Wiederansichnahme" des § 5 AbzG umfaßt nach heute herrschender Meinung auch eine Wiederansichnahme durch Akte der Zwangsvollstreckung¹⁾. Es muß jedoch betont werden, daß dies nur für die Pfändung wegen der Kaufpreisforderung gilt. Falls die Pfändung auf Grund Herausgabetitels betrieben wird, entstehen insofern keine Probleme, als schon das außergerichtliche Herausgabeverlangen oder die Klage auf Herausgabe als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG angesehen werden²⁾.

1) Cr.-Ostler § 5 Anm. 101; vgl. auch Erman-Weitn.-Klingsp. § 5 Anm. 2 c und Klaus Anm. 396 ff.
2) Vgl. D. V. 2)c)

Spätestens im Zeitpunkt des Urteils liegt dann der fingierte Rücktritt nach § 5 AbzG vor. Eine Klausel, die für diesen Fall gedacht wäre, könnte keine Bedeutung haben. Allerdings könnte daraus, daß die Klauseln entweder von "Herausgabeverlangen und Pfändung" oder "Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts und Pfändung" sprechen, gefolgert werden, daß die Klauseln ausdrücken sollen, weder das Herausgabeverlangen beziehungsweise die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts noch die später liegende Pfändung der Kaufsache auf Grund Herausgabetitels seien als Rücktritt anzusehen. Eine derartige Klausel wäre vom Aufsteller gesehen sinnvoll. Jedoch folgt aus den bisherigen Erörterungen, daß bereits das Herausgabeverlangen als Rücktritt gilt und abweichende Vereinbarungen unwirksam sind. Klauseln, die sich auf die Pfändung zwecks Herausgabe beziehen würden, wären also erst recht nichtig. Vor allem ist auch nicht einzusehen, weshalb zwei aufeinanderfolgende Stufen eines einheitlichen Vorganges (mit dem Ziel der Herausgabe der Abzahlungssache) abgedungen werden sollten. Die entsprechenden Klauseln beziehen sich daher nicht auf die Pfändung zwecks Herausgabe der Sache.

Vielleicht vermögen die bisherigen Überlegungen allein nicht völlig zu überzeugen. Doch wird das gefundene Ergebnis durch folgendes erhärtet: Die Geltendmachung der Kaufpreisforderung gilt nicht als Rücktritt vom Vertrage. Sie ist im AbzG nicht geregelt und daher nach den allgemeinen Voraussetzungen zulässig. Ob und wann in diesem Falle eine Pfändung der Kaufsache die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG auslöst, ist problematisch und lebhaft umstritten. Diesen Meinungsstreit im einzelnen wiederzugeben, erscheint nicht gewinnbringend¹⁾. Die Darstellung muß sich vielmehr auf die wichtigsten Ergebnisse beschränken. Jedoch wird auch schon nach den bisherigen Ausführungen die besondere Bedeutung der Pfändung wegen der Kauf-

1) Vgl. jedoch Erman-Weitn.-Klingsp. § 5 AbzG Anm. 2 ff.; Cr.-Ostler § 5 Anm. 111 ff., insbesondere 124 ff.

preisforderung ersichtlich. Wenn also in den Klauseln neben der Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts oder dem Herausgabeverlangen auch die Pfändung erwähnt wird, ist das so zu verstehen, daß neben dem Herausgabeverlangen auch die Pfändung der Kaufsache wegen der Kaufpreisforderung - deren Geltendmachung keinen Rücktritt darstellt - nicht als Rücktritt gilt. So gesehen haben die vorliegenden Klauseln eine wirkliche Bedeutung, und das Nebeneinanderstellen von Herausgabeverlangen und Pfändung erscheint sinnvoll. Die Klauseln sind also dahin zu verstehen, daß die Pfändung der Kaufsache wegen der Kaufpreisforderung nicht als Rücktritt gelten soll.

Ob derartige Klauseln zulässig sind, soll nun untersucht werden. Da in den meisten Fällen ein Eigentumsvorbehalt vereinbart ist, taucht zuerst die Frage auf, ob die Pfändung einer dem Gläubiger gehörigen Sache zulässig und die weitere Zwangsvollstreckung möglich ist. Dies ist nach heute h.M. anzunehmen¹⁾, und zwar auch dann, wenn ein Abzahlungsgeschäft zugrunde liegt²⁾.

Auch in diesen Fällen der Zwangsvollstreckung in die Kaufsache ist nach überwiegender Meinung³⁾ § 5 AbzG anzuwenden. Voraussetzung ist dabei allerdings, daß Geschäftsidentität bezüglich Kaufpreisforderung und Kaufsache vorliegt, d.h., daß in die Abzahlungssache wegen derjenigen Forderung vollstreckt wird, die aus dem Kauf diese Sache entstanden ist⁴⁾. Doch

-
- 1) BGHZ 15, 171 (173); RGZ 79, 241 (244/245); Baumb.-Lauterbach § 804 Anm. 2 B; Pal.-Gramm § 5 AbzG Anm. 3 b; Rosenberg § 191 I 1 a; Cr.-Ostler § 5 Anm. 112/114; Ewald AcP S. 76; Klaus Anm. 403 und NJW 1950, 765 (766/767); Aubele § 5 Anm. 25 u. 31; Stein-Jonas § 804 II 3
 - 2) Vgl. insbesondere Cr.-Ostler § 5 Anm. 114; Ohr NJW 1954, 789; Aubele § 5 Anm. 25; BGHZ 15, 171 (174) und 241 (245); BGH NJW 1963, 763/764; Selb JZ 1959, 585; Petermann DRpfleger 1958, 169; a.A. in neuerer Zeit jedoch Lent JR 1953, 145 (146); Grund NJW 1957, 1216 (1217)
 - 3) BGHZ 15, 171 (171) und 241 (244 ff.); Cr.-Ostler § 5 Anm. 115/123 b m.w. Angaben; Klaus Anm. 402
 - 4) Klaus Anm. 402; Cr.-Ostler § 5 Anm. 123; Pal.-Gramm § 5 AbzG Anm. 3 b

ist fraglich, ob bereits in der Pfändung als solcher eine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG liegt. § 5 AbzG will den Besitzverlust des Käufers verhindern. Wenn der Käufer trotz der Pfändung den unmittelbaren Besitz und die Möglichkeit der Nutzung der gepfändeten Sache behält - solange also gemäß § 808 II ZPO die Abzahlungssache dem Käufer verbleibt -, kann daher in der Pfändung allein noch keine Wiederansichnahme gesehen werden¹⁾. Allerdings kann aus diesem Ergebnis noch nicht die Gültigkeit der vorliegenden AGB-Klauseln gefolgert werden, die generell aussagen, die Pfändung gelte nicht als Rücktritt. Derartige Klauseln erfassen auch Pfändungen, bei denen der Gerichtsvollzieher zwecks Pfändung die Sachen wegnimmt. Sieht man jedoch die mit der Wegnahme der Kaufsache verbundene Pfändung als Wiederansichnahme nach § 5 AbzG an, müßten diese Klauseln ungültig sein, da sie auch Fälle erfassen, bei denen § 5 AbzG eingreift; die Klauseln würden insofern eine nicht zulässige Abdingung des § 5 AbzG darstellen.

Zu einem anderen Ergebnis können auch nicht folgende Gedanken führen, die in diesem Rahmen erwähnenswert sind. Da die AGB-Klauseln eine möglichst große Zahl von Geschäften erfassen sollen, gehen sie von dem Normalfall aus und fassen ihn abstrakt. Fragt man nun weiter, welches die übliche, als Normalfall zugrundegelegte Art der Pfändung sei, kommt man zu dem Ergebnis, daß grundsätzlich die Pfandsachen beim Schuldner verbleiben. Klauß²⁾ meint, eine Besitzbelassung beim Schuld-

-
- 1) So die Überwiegende Meinung: Cr.-Ostler § 5 Anm. 126; Erman-Weitn.-Klingsp. § 5 AbzG Anm. 2 c cc a.E.; LG Lüneburg NJW 58, 1143 (1144); Ochs NJW 60, 1984; BGHZ 22, 123 (126 f.); RGZ 139, 205 (207 f.); OLG Celle NJW 59, 1444 (1446); Enn.-Lehmann § 118 C II 1; Klauß Anm. 414; Wagemann NJW 1952, 1320; Rühl S. 262; Hein ZJP 69, 231 ff. (234); Pal.-Gramm § 5 AbzG Anm. 3 b; BGH NJW 63, 763 (764); Selb JZ 59, 587; a.A. Lechner § 5 Anm. 13 c
- 2) Klauß Anm. 412

ner sei die Ausnahme. Dieser Ansicht widersprechen einmal wirtschaftliche Elemente. Durch die Wegnahme entstehen Lager- und Frachtkosten, die man vermeiden will. Ferner dient gerade die Pfändung häufig nur als Druckmittel, den Käufer ernstlich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anzuhalten; der Gläubiger läßt der Pfändung nicht unmittelbar die Verwertung folgen. Er hofft, weitere Erfüllung des Vertrages zu erreichen¹⁾. Eine Wegnahme wäre daher oft nicht zweckmäßig. Ferner muß die gesetzliche Bestimmung des § 808 ZPO beachtet werden. Nach § 808 II ZPO, der die Ausführung der Pfändung regelt, sollen die Pfandsachen, soweit es sich nicht um Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere handelt, im Gewahrsam des Schuldners belassen werden, sofern dadurch nicht die Befriedigung des Gläubigers gefährdet ist. Das Gesetz sieht also, von zwei Ausnahmen abgesehen, die Belassung der Sache im Gewahrsam des Schuldners als Grundregel an²⁾. Nimmt man die Regelung des § 808 II ZPO und die wirtschaftlichen Momente zusammen, so wird man bei der Pfändung die Belassung der Pfandsache im Gewahrsam des Schuldners als das Übliche auffassen müssen.

Trotz dieser wirtschaftlichen Überlegungen ist jedoch an der Auffassung festzuhalten, daß die Klauseln ungültig sind, falls die Pfändung der Sache durch Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher erfolgt und diese Wegnahme als Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG aufzufassen ist. Ein großer Teil der bisherigen Lehre und Rechtsprechung vertritt die Auffassung, daß

- 1) Klaus Anm. 414; ebenso in JZ 55, 70 (74); Cr.-Ostler § 5 Anm. 127/128; Wangemann NJW 52, 1318 (1320); Hein ZZP 69, 231 (234); Crisolli JW '1934, 1817 (1818); und Pauli Diss. S. 60 ff.
- 2) Wieczorek § 808 C II; Lent-Jauernig § 17 IV 2; Bruns § 20 IV 1; Schönke-Baur § 23 III 2 a; Stein-Jonas § 808 III 2; im Ergebnis ebenso Cr.-Ostler § 5 Anm. 127; Hein ZZP 69, 231 (234)

bei der mit dem Besitzverlust verbundenen Pfändung einer Wiederansichnahme gegeben sei¹⁾. Begründet wird diese Ansicht vor allem damit, daß das AbzG den Käufer vor dem Verlust von Besitz und Nutzung der Sache schützen wolle. Gegen diese Ansicht wendet sich die im Vordringen begriffene Meinung²⁾. Als Begründung wird angeführt, daß man auf das Gesetz selbst zurückgehen müsse, welches auf die "Wiederansichnahme", also eine Handlung des Verkäufers, dem Käufer die Sache zu entziehen, abstelle. Die Belange des Verkäufers müßten trotz des Schutzgedankens des AbzG berücksichtigt werden. Diese sprächen dagegen, schon mit der Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher die Rücktrittsfiktion des § 5 AbzG eintreten zu lassen³⁾. Die Pfändung habe möglicherweise keinen endgültigen Charakter, sie sei nur vorbereitender Natur, bedeute daher trotz der Wegnahme für den Schuldner noch nicht den endgültigen Verlust der Sache und die Möglichkeit, sie zu nutzen.

Die Argumentation der zweiten Meinung erscheint überzeugend. Folgt man ihr, so sind die entsprechenden Klauseln gültig. Die Klauseln besagen nämlich, daß die Pfändung der Sache nicht als Rücktritt gilt. Da die Pfändung, unabhängig davon, ob der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die Sache beläst oder nicht, keine Wiederansichnahme im Sinne des § 5 AbzG darstellt, greift auch § 5 AbzG nicht ein. Die Klauseln sind also wirksam.

1) Cr.-Ostler § 5 Anm. 126; Hörle Gruch. 55, 193; Alberty DR 1939, 1778/1779; LG Mönchengladbach NJW 1958, 66 (67) mit zustimmender Anmerkung von Wangemann a.a.O.; ebenso Wangemann NJW 1952, 1318 (1320 Anm. 10); der BGH läßt im 15. Band S. 241 (249) diese Frage ausdrücklich offen.

2) BGH NJW 63, 763 ff.; Pal.-Gramm § 5 AbzG Anm. 3 d; Petermann DRpfleger 1958, 169 (170); Pauli S. 61; wohl auch Selb JZ 59, 587; OLG Celle NJW 59, 1444 (1446); Püschel DR 1939, 1044 (1046)

3) BGH a.a.O.

f) Seltener findet man etwa folgende Klauseln:

- Nr. 1: "Wir sind berechtigt, unbeschadet der Zahlungsverpflichtung des Bestellers, den wieder in Besitz genommenen Kaufgegenstand nebst Zubehör durch freihändigen Verkauf bestmöglichst zu verwerten."
- Nr. 2: "Ein Rücktritt vom Vertrage ist nur anzunehmen, wenn wir dies ausdrücklich erklären."
- Nr. 3: "Befindet sich der Käufer in Verzug, so kann das Lieferwerk den Kaufgegenstand zurücknehmen und nach seinem Ermessen auf Rechnung und Gefahr des Käufers sicherstellen, bis alle Leistungen des Käufers vollständig und ordnungsgemäß erbracht sind."

Alle diese Klauseln sprechen nicht ausdrücklich aus, daß die Wiederansichnahme nicht als Rücktritt gelten solle. Doch läßt es sich aus allem entnehmen. Wenn z.B. nicht der Rücktritt ausdrücklich erklärt wird, obwohl die Sache zurückgenommen wurde, muß dies - bei der Klausel Nr. 2 - als Abdingung des § 5 AbzG aufgefaßt werden. Ebenso bleibt nur dann bei der Zurücknahme der Kaufsache die Zahlungsverpflichtung bestehen, wenn § 5 AbzG keine Geltung hat. Es handelt sich also praktisch um umschriebene Abdingungen des § 5 AbzG. Diese sind ebenso wie die direkten Abdingungen als unwirksam anzusehen.

g) Als letzte Gruppe sind folgende Klauseln anzuführen:

- Nr. 1: "Wir sind jederzeit berechtigt, die Herausgabe der uns gehörenden Waren zu verlangen. Machen wir von diesem Recht Gebrauch, so liegt nur dann ein Rücktritt vom Vertrage vor, wenn wir dies ausdrücklich erklären."
- Nr. 2: "Der Verkäufer hat - auch ohne Rücktritt vom Kaufvertrag - das Recht, jederzeit die Rückgabe seines Eigentums zu verlangen, wenn ihm dies nach seinem freien Ermessen zu seiner Sicherung erforderlich erscheint."

In diesen Klauseln wird dem Verkäufer ein Wegnahmerecht eingeräumt. Dieses Wegnahmerecht schließt jedoch nur dann die verbotene Eigenmacht des Verkäufers aus, wenn bei dem Käufer im Augenblick der Wegnahme der Wille zur Gestattung der Wegnahme noch besteht¹⁾. Ändert der Käufer seinen Willen in erkennbarer Weise, so wird dieser der ursprünglichen Abmachung widersprechende Wille durch die Bestimmungen über verbotene Eigenmacht und durch die Strafbestimmungen über Hausfriedensbruch geschützt. Die Selbsthilfeklausel hat daher nur den Sinn der Einräumung eines Anspruchs auf Duldung der Selbsthilfehandlung, dessen Geltendmachung jedoch den allgemeinen Grundsätzen untersteht²⁾. Dieser Duldungsanspruch berechtigt aber den Verkäufer, falls der Käufer der eingegangenen Verpflichtung zuwider die Wegnahme nicht gestattet, nicht zu einem eigenmächtigen Vorgehen, sondern begründet nur einen Anspruch auf Ersatz des etwa durch die Weigerung des Käufers entstandenen Schadens³⁾.

Faßt man die vorliegenden Klauseln so auf, erscheinen sie nicht als grundsätzlich sittenwidrig⁴⁾. Es liegt in diesen Klauseln auch kein Verstoß gegen § 3 AbzG. Sie erscheinen daher ihrem Inhalt nach zulässig, soweit es die Selbsthilfe betrifft⁵⁾.

Dennoch liegt in diesen Klauseln ein Verstoß gegen das AbzG, da sie beide die Fiktion des § 5 AbzG vermeiden wollen. Eine Abänderung dieser zwingenden Vorschrift ist jedoch nicht mög-

-
- 1) Rühl S. 103; Staud.-Seuffert § 858 Anm. 7; RG in Seuff. A. 60, 16/17; RGZ 146, 182 (186); Cr.-Ostler § 1 Anm. 90
 - 2) RGZ 131, 213 (222)
 - 3) Cr.-Ostler § 1 Anm. 90
 - 4) Rühl S. 103 ff.; Cr.-Ostler § 1 Anm. 90; RGZ 131, 213 (222); 146, 182 (185/186)
 - 5) Ebenso Cr.-Ostler § 1 Anm. 90; Lazarus S. 115 f.; Aubele § 5 Anm. 9; a.A. Hörle Gruch. 55, 184/185; Samter S. 96/97; Rautmann S. 41; Crisolli 4. Auflage § 1 Anm. 54

lich. Die Klauseln sind daher nichtig, soweit sie eine Änderung des § 5 AbzG bezwecken. Da jedoch der übrige Teil der Klauseln auch weiterhin zulässig und möglich ist, bleiben die Klauseln insoweit als gültig bestehen.

h) Zusammenfassung: Nur die Klauseln, in denen auf den Gesetzestext verwiesen wird, und die, welche auf die Pfändung abstellen, sind als gültig anzusehen. Alle anderen Klauseln verstoßen gegen die zwingende Vorschrift des § 5 AbzG und sind daher unwirksam; dabei macht es keinen Unterschied, ob in ihnen von Herausgabeverlangen, Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts, Wiederansichnahme, Zurücknahme etc. die Rede ist, ob die Abdingung mit geschickten Formulierungen unschrieben oder klar ausgesprochen wird.

E. Ergebnis

I. Zusammenfassung und Wertung der Einzelergebnisse

Alle Vorschriften des AbzG haben zwingenden Charakter. Entgegenstehende Vereinbarungen sind also unwirksam, falls das AbzG eingreift.

Klauseln zu §§ 1, 3, 4 I AbzG sind verhältnismäßig selten. Dafür lassen sich verschiedene Ursachen anführen, was bei den einzelnen Untersuchungen ausgeführt wurde. Einheitlich ist allen diesen Bestimmungen, daß ihre Auslegung im wesentlichen klar und unstreitig und ihr Inhalt daher leichter überprüfbar ist. Die Nichtigkeit der entsprechenden Klauseln ist im allgemeinen so offensichtlich, daß die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in die AGB keine Vorteile bietet, vor allem deswegen, weil eine verschleiernde Formulierung der Bestimmungen kaum möglich ist und ein evtl. Prozeß mit großer Wahrscheinlichkeit verloren ginge.

Anders ist die Lage bei Klauseln zu §§ 2 und 4 II AbzG.

§ 2 AbzG bildet mit seinen abstrakten, ausfüllungsbedürftigen Begriffen wie "Aufwendungen, Benutzungsvergütung und Ersatz für Beschädigungen" geradezu einen Anreiz für Versuche, den Spielraum der Vorschrift durch entsprechende Klauseln einzuzengen, ohne daß die Ungültigkeit entsprechender Regelungen ohne weiteres ersichtlich ist. Vor allem kommen die entsprechenden Klauseln dem Sicherungsstreben der Verkäufer entgegen. Ebenso liegt der Fall bei § 4 II AbzG. Die vielen verschiedenen Tatbestandsmerkmale fordern dazu auf, das eine oder andere wegzulassen, wodurch - ohne daß es besonders augenfällig ist - dem Verkäufer nicht zustehende Vorteile zugute kommen. Die große Zahl der Klauseln zu §§ 2 und 4 AbzG ist insofern erklärlich.

Noch anders müssen die Klauseln zu § 5 AbzG gewertet werden. Trotz des eindeutigen Charakters der Vorschrift sind Verstöße gegen die gesetzliche Regelung häufig. Dies läßt sich nur aus der besonderen Situation des Abzahlungsverkäufers erklären, der einerseits gerne das Geschäft abschließen und aufrechterhalten möchte, andererseits aber auf die Rechte, die der Eigentumsvorbehalt gewährt, unter Umständen nicht verzichten will. Alle Klauseln, die über den nach dem AbzG zulässigen Inhalt hinausgehen, sind daher als gegen zwingende Vorschriften verstoßende Bestimmungen zumindest dann nichtig, wenn sie Teil eines Einzelrechtsgeschäfts geworden sind. Nur soweit Gesetzesverweisungen oder -wiederholungen vorliegen, sind die Klauseln gültig.

Gerade bei AGB ist also die Tendenz festzustellen, daß zwingende gesetzliche Recht abzuändern; in derartigem Ausmaß wäre das bei dem Abschluß von Einzelverträgen nicht möglich. Allerdings bleibt die Frage offen, ob diese Abdingung in den AGB nicht darauf zurückzuführen ist, daß die meisten Verkäufer ihre Waren auch an eingetragene Kauflaute veräußern, für die das AbzG nicht gilt, so daß eine vertragliche (abweichende) Regelung möglich ist. Dem widerspricht jedoch z.B. die Abdin-

gung des § 5 AbzG. Diese gesetzliche Fiktion würde bei eingetragenen Kaufleuten sowieso nicht eingreifen, so daß eine abweichende vertragliche Regelung entbehrlich wäre. Bei den anderen Paragraphen kann diese Argumentation zwar nicht durchgreifen, doch muß an der generellen Feststellung festgehalten werden, daß die entsprechenden Klauseln nichtig sind, weil eine grundsätzliche Abdingung auch die Geschäfte mit Nichtkaufleuten erfassen würde. Das gilt allerdings nicht, sofern in den AGB eine Differenzierung zwischen Käufern, die eingetragene Kaufleute sind, und solchen, die keine eingetragenen Kaufleute sind, vorgenommen wird; in diesem Fall sind die Klauseln gültig. Sieht man die AGB vor ihrem Eingehen in den Einzelvertrag als "nullum" an, brauchen diese Feststellungen nicht getroffen zu werden, weil dann im Einzelfall festgestellt werden kann, ob das AbzG Anwendung findet. Ist dies der Fall, sind die entsprechenden Klauseln allerdings ebenfalls nichtig. Wenn die Klauseln jedoch nichtig sind und dies den Aufstellern sogar bekannt ist, warum stellen sie dann derartige Klauseln auf? Diese Frage zu beantworten ist mit völliger Sicherheit nicht möglich. Am Wahrscheinlichsten ist neben allen anderen gefundenen Erklärungen doch folgendes: Der Verkäufer vertraut darauf, daß der rechtlich unerfahrene Kunde - bei Streitigkeiten auf die entsprechenden AGB-Klauseln verwiesen - diese Klauseln für wirksam und einen Prozeß für aussichtslos hält und sich deshalb dem Vorgehen des Verkäufers fügt¹⁾. Nur so gesehen haben zahlreiche, offensichtlich unzulässige Klauseln einen Sinn; einer rechtlichen Nachprüfung halten sie jedoch - wie nachgewiesen - in keinem Falle stand.

1) Vgl. Johannes NJW 63, 1206; auch schon Hein, insbesondere S. 68 ff.

II. Kritik und Ausblick

Die Gründe für die Ungültigkeit der meisten auf das AbzG bezüglichen AGB-Klauseln sind also auf das mit dem Sinn und Zweck des AbzG nicht zu vereinbarende Sicherungs- und Vorteilsstreben der Verkäufer zurückzuführen. Zu einem Teil mögen die Bestrebungen der Verkäufer sogar billigenswert sein. Das AbzG wird den heutigen veränderten Wirtschaftsverhältnissen nicht immer gerecht. Es mangelt daher auch nicht an Kritik und Vorschlägen für eine Neufassung des AbzG¹⁾. Selbst der BGH²⁾ hat eingeräumt, daß eine Änderung des AbzG bei den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen durchaus nicht von vornherein abzuweisen sei. Er betont aber auch ausdrücklich, daß eine solche Änderung nur durch die Gesetzgebung veranlaßt werden dürfe. Durch die Rechtsprechung könne eine solche Änderung nicht erfolgen, vielmehr sei diese an das AbzG auch dann gebunden, wenn dessen wirtschaftlich verfolgter Zweck im Einzelfall nicht erreicht werde³⁾. Auf Grund des geltenden AbzG ist jedoch an den erzielten Ergebnissen festzuhalten. Die äußersten Grenzen, innerhalb derer die Aufstellung von AGB möglich ist, werden durch die zwingenden gesetzlichen Vorschriften gebildet. Diese müssen zumindest beachtet werden, wenn die AGB gültiger Bestandteil der Einzelrechtsgeschäfte werden sollen. Andernfalls sind die entsprechenden, gegen die gesetzliche Regelung verstoßenden Klauseln nichtig.

-
- 1) Dazu insbesondere Ewald, Das geltende AbzG und seine Reform; ferner Klauß NJW 1953 S. 8/9; Schlegelberger-H. Einl. vor § 373 S. 1679 f.; ferner vgl. den Überblick in Cr.-Ostler Einl. VI Anm. 22 ff.
 - 2) BGHZ 15, 241 (243 f.)
 - 3) Vgl. auch Delbrück, LM § 5 AbzG Nr. 4 Anm. zu diesem Urteil

Diese Arbeit sollte dazu beitragen, im Bereich des Abzahlungsrechts diese Grenzen für die Gültigkeit von AGB-Klauseln, die sich aus dem zwingenden Charakter des AbzG ergeben, deutlich zu machen. Eine den heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten angepaßte Regelung des Abzahlungswesens bleibt der gesetzgeberischen Initiative vorbehalten: Es muß ein sicherer und umfassender Schutz des Käufers gewährleistet werden, soweit dies erforderlich ist; andererseits müssen aber auch die Belange des Verkäufers berücksichtigt werden, soweit dies mit dem Schutzzweck des AbzG vereinbar ist. Es erscheint jedoch mehr als zweifelhaft, ob eine neue gesetzliche Regelung eine Besserung im Bereich der Klauseln, die sich auf das AbzG beziehen, bringen wird: Auch jetzt wird nämlich gegen zwingende Vorschriften des geltenden Rechts verstoßen und nach Möglichkeiten zu ihrer Umgehung gesucht. Bei einer Neufassung des Gesetzes werden daher weiterhin Gesetzesverstöße und -umgehungen, wenn vielleicht auch in anderer Form, vorkommen. Dies darf jedoch kein Grund zur Resignation sein. Vielmehr müssen diese Verstöße dann ebenfalls aufgedeckt und bekämpft werden.

L e b e n s l a u f

Am 2. März 1939 wurde ich, Otto Karl Singer, als Sohn des Grubenbetriebsführers Otto Singer und seiner Ehefrau Klara Singer geb. Dörner in Essen geboren; ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1946 bis 1949 besuchte ich die Volksschulen in Rheinhausen und Marl in Westfalen, von 1949 bis 1958 die humanistischen Gymnasien Petrinum in Recklinghausen und Adolfinum in Moers. Dort legte ich am 6. März 1958 die Reifeprüfung ab.

Anschließend begann ich mit dem juristischen Studium an der Universität in Freiburg im Breisgau. Nach drei Semestern wechselte ich die Universität und studierte bis zum Sommersemester 1962 an der Universität in Münster. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 27. Juli 1962. Nach Ableistung des juristischen Vorbereitungsdienstes legte ich am 30. Mai 1967 die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seitdem bin ich als Gerichtsassessor am Landgericht Krefeld tätig.

